Unternehmensschädigungen durch Demonstranten

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms Universität zu Münster/Westfalen

vorgelegt von

Thilo Jeske

aus Fredeburg

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547212_0005

Unternehmensschädigungen durch Demonstranten

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms Universität zu Münster/Westfalen

vorgelegt von

Thilo Jeske

aus Fredeburg

1976

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kupisch
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Dekan:	Prof. Dr. Schneider

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Juli 1976

Gliederung Seite

A. Einleitung 1

B. Zweck des deliktischen Schadensersatzanspruchs 4

I. Ausschluß eines Vergeltungszwecks 4
II. Ausgleichszweck 7
III. Prävention 7
IV. rechtswahrende Funktion 8
V. Primärzweck und Sekundärzwecke 9

C. Allgemeine Grundsätze des Deliktsrechts 10

I. Systematik der §§ 823 ff BGB 11
II. Haftungsbeschränkungen 14
1. kein genereller Vermögensschutz 14
2. Grundsatz der Unmittelbarkeit 15
3. Lehre vom Schutzzweck der Norm 17

D. § 823 Abs. 2 BGB 22

I. Begriff des Schutzgesetzes 22
II. Disziplin des Rechtsgebiets des Schutzgesetzes 25
III. Vorschriften aus dem Strafgesetzbuch 27
1. Bestimmung des Schutzgegenstands 27
2. keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB 28
a) Landfriedensbruch, § 125 StGB 28
b) Widerstand gegen die Staatsgewalt, § 113 StGB 29
c) Nötigung des Parlaments oder anderer Verfassungsorgane, § 105 StGB, und Abgeordnetennötigung, § 106 StGB 30

3. Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB 31

a) Hausfriedensbruch, § 123 StGB 31
b) schwerer Hausfriedensbruch, 124 StGB 33
c) Nötigung 34
aa) Rechtsprechung 35
bb) Rechtswissenschaft 38
cc) Stellungnahme 39
dd) Demonstrationsaktionen als Nötigungen im Sinne des § 240 StGB 42
ee) Nötigung Ditter 46
ff) keine Nötigung der juristischen Person als solche 47
d) Sachbeschädigung, §§ 303 ff BGB 48
aa) einfache Sachbeschädigung, § 303 StGB 48
bb) Beschädigung öffentlicher Sachen, § 304 StGB 48
cc) Zerstörung von Bauwerken, § 305 StGB 49
dd) einfache Brandstiftung, § 308 Abs. 1 StGB 50

IV. Vorschriften des Versammlungsgesetzes 50

V. Vorschriften des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) und der Straßenverkehrsordnung (StVO) 50

VI. Besitzschutz gemäß § 858 BGB 53

E. vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB 55

I. Begriff: "Verstoß gegen die guten Sitten" 55

1. die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit (Notwendigkeit subjektiver Elemente)

2. die guten Sitten als Normen der objektiven Sittlichkeit (keinerlei subjektive Momente) 57
3. die guten Sitten als Normen der Sitte 59
4. die guten Sitten als Wertungen des positiven Rechts 60
5. § 826 BGB als Tatbestand in der Entwicklungsfunktion 62
6. Stellungnahme 62
a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte 62
b) die guten Sitten als Normen der Sitte 63
c) die guten Sitten als Wertungen des positiven Rechts 64
d) § 826 BGB als Tatbestand in der Entwicklungsfunktion 65
e) die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit 66

II. subjektive Voraussetzungen 69
1. Sittenwidrigkeit 69
2. vorsätzliche Schadenszufügung 72

F. § 823 Abs. 1 BGB 75
I. "Freiheit" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB 75
II. Verletzung des Eigentums, § 823 Abs. 1 BGB 77
III. Besitz und Anwartschaftsrecht 78

G. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 81
I. Begriff des Gewerbebetriebs 82

II. Wesen des Gewerbebetriebs 85

1. selbständiges Rechtssubjekt 85

2. einheitliches Rechtsobjekt 86
a) Werte des Gewerbebetriebs 87
b) Gewerbebetrieb als Konglomerat statischer und dynamischer Elemente 90

3. Folge für den Deliktsschutz 92

III. Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB 95

1. Begriff des "sonstigen" Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB 95
a) subjektives Recht 95
b) "sonstiges" Recht 100
aa) absolute Wirkung 101
bb) genereller Schutz 108
cc) Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit 111

2. keine gesetzliche Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb 115

IV. Deliktsschutz auf Grund "Natur der Sache" 116

V. Unternehmensschutz kraft Gewohnheitsrechts 119

1. Gewohnheitsrecht trotz formellen Gesetzgebungsverfahrens 120
2. Inhalt eines gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes 122
3. Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung 125

VI. Problem des Richterrechts im Zusammenhang mit dem Recht am Gewerbebetrieb 131

1. interpretationstheoretisch 132
2. verfassungsrechtlich 134
3. phänomenologisch 136
4. rechtsmethodisch 138

VII. Unternehmensschutz aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung 141

1. Legitimation des Richterrechts und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung 141

a) Befugnis zur Rechtsfortbildung 141

b) verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung 146

aa) Grundsatz der Gewaltenteilung 146

bb) Bindung an "Gesetz und Recht" 148

aaa) Bindung an das Gesetz 148

bbb) Bindung an das Recht 153

cc) Rechtssicherheit als Rechtsstaatsprinzip 163

2. Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb 167

a) Aufhebung der Privilegien und kaufmännischen Korporationen, 1868 167

b) Rechtsprechung zwischen 1868 und 1900 169

c) Fortsetzung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auch nach Erlaß des BGB 172

d) Eingriff in den Bestand des Unternehmens 175

e) Hinderung von Betriebshandlungen 175

f) Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung 177

g) Weiterentwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung durch den BGH 178

3. Schutzobjekt des Rechts am Gewerbebetrieb 182

a) Schutz der Betätigung im Unternehmen 182

b) Rechtsnatur des Schutzgegenstandes 185

4. Rechtspolitische Notwendigkeit der Rechtsfortbildung 189
a) Recht am Gewerbebetrieb als Lückenproblem 189
aa) Begriff der Lücke 189
bb) Unternehmensschutz als anfängliche Lücke 191
cc) Unternehmensschutz als nachträgliche Lücke 191
b) Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz 203
aa) potentieller Unternehmer 203
bb) freiberuflich Tätige 204
cc) Arbeitnehmer 206

5. Abgrenzungskriterien zur Eingrenzung des Schutzbereichs 209
a) Grundsatz der Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit 210
b) Lehre vom Schutzzweck der Norm 215
c) Grundsatz der Subsidiarität 216
d) Grundsatz der Interessenabwägung 221

6. Recht am Gewerbebetrieb und System des Deliktsrechts 229
a) Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage 229
b) Beachtlichkeit des Systems für die Rechtsfortbildung 230

H. Grenzen des Demonstrationsrechts 234

I. positiv-rechtliche Grundlage des Demonstrationsrechts 234

II. Schutzrichtung der Grundrechte 235

III. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit 239

1. "Versammlung" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG 240
   a) Teilnehmerzahl 240
   b) Zweck 241
   c) Spontanversammlung 243
   d) Aufzug 244
2. "friedlich" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG 245
   a) Vorrang des Verfassungsrechts 245
   b) Funktion des Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GG 247
   c) Beeinträchtigung der Rechte Dritter 249
   d) Güterabwägung zwischen Art. 2 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG 252
      aa) abstrakte Abwägung 253
      bb) konkrete Abwägung 256
   e) "unfriedliche" Demonstrationsmittel 260
3. Demonstration und Gewerbebetrieb 262

I. Gesamtschuldnerische Haftung, §§ 830,840 BGB 264

I. Mittäter und Gehilfen, §§ 830 Abs. 1 Satz 1, 830 Abs. 2 BGB 265
   1. bei geplantem unfriedlichem Verlauf 265
   2. bei geplantem friedlichem Verlauf 269

II. Haftung aus alternativer Kausalität, § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB 269
   1. "Beteiligter" im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB 269
   2. zur Entscheidung LG Berlin - Fall Mahler 270

III. Umfang der Ersatzpflicht, §§ 830, 840 BGB 274

J. Staatshaftung 278

I. Nichteinschreiten der Polizei bei rechtswidrigen Demonstrationsaktionen 278

1. Amtspflichtverletzung, Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB 278
a) Aufgabe der Polizei 278
b) Opportunitätsprinzip 281
c) Pflicht zum Einschreiten 283
d) Subsidiaritätsprinzip, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und polizeilicher Notstand 287
e) Amtspflicht zugunsten des Unternehmers 293

2. enteignungsgleicher Eingriff, Art. 14 GG 301

II. Tumultschädengesetze 303

1. Fortgeltung als Landesrecht 304

2. Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs 305
a) "innere Unruhen" 305
b) offene Gewalt oder ihre Abwehr 308
c) Fortkommensklausel 308

A. Einleitung

Nachdem der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 8. 8. 1969[1] bereits die strafrechtliche Grenze zwischen verbotener Gewaltanwendung und geschütztem Demonstrationsrecht gezogen hatte, nahm er mit den beiden am 30. 5. 1972[2] ergangenen Urteilen zum ersten Mal zu Fragen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Demonstrationsschäden Stellung.
Vorher bestand für die höchstrichterliche Rechtsprechung kein Anlaß, die Reichweite der Demonstrationsfreiheit zu bestimmen, insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen der Demonstrationsfreiheit einerseits und der Freiheit der gewerblichen und unternehmerischen Betätigung andererseits abzugrenzen.

Grund hierfür war, daß in der Bundesrepublik anfangs wenig demonstriert wurde. Während sich andere im Grundgesetz verbürgte Freiheitsrechte in erheblicher Weise entfaltet und unsere gesellschaftlichen Verhältnisse geprägt haben, ist das Recht zu demonstrieren noch nicht selbstverständlicher Bestandteil unseres demokratischen Lebens geworden. Jahrzehntelang hatte dieses Grundrecht eine so wenig bedeutungsvolle Rolle gespielt, daß selbst die erheblichen Mängel des Versammlungsgesetzes keinen Anlaß zu einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts geboten hatten.

Die öffentliche Meinung bildete sich über die üblichen Kommunikationsmittel Presse, Fernsehen und Rundfunk, über Parteien und Verbände. Das Bedürfnis, in diesen Meinungsbildungsprozeß mit den Mitteln der Demonstration einzugreifen, war bislang schwach entwickelt. Es handelte sich daher in den früheren Jahren um Einzelaktionen von Interessenverbänden oder Gruppen, deren Bedeutung über den aktuellen politischen Tagesanlaß nicht hinausreichte.
Seit 1967 jedoch sind Demonstrationen und Protestmärsche nicht nur zu einer Dauererscheinung geworden, sondern es hat sich auch gezeigt, daß in unserer repräsentativen Demokratie derartige Aktionen von Gruppen, die sich am institutionalisierten Prozeß politischer Willensbildung nicht genügend beteiligt fühlen, als Druckmittel zur Durchsetzung spezifischer

---

1) BGH NJW 1969, 1770
2) BGH NJW 1972, 1366 und 1571

Gruppeninteressen eingesetzt werden. Die anfänglichen Demonstrationen haben auch vornehmlich politische, insbesondere sozialpolitische Ziele gehabt. Es gab vorher wenig Domonstrationen im Bereich des Arbeitskampfes, kaum im kirchlichen Bereich und noch gar keine Demonstrationen zu irgendwelchen anderen Zwecken, die nur für eine kleinere Gruppe Interessierter von Bedeutung sind. Das muß keineswegs so bleiben. Je mehr die Demonstration "modern" wird, d. h. je mehr größere Teile der Bevölkerung zu einer Meinungsbildung, die die Aktivität einer Demonstration voraussetzt, bereit werden, desto eher könnte sich auch in diesen Bereichen die Neigung entwickeln, vom Demonstrationsrecht stärker Gebrauch zu machen.

Den vielfältigen Problemen, die durch diese neue Erscheinung der Meinungsäußerung hervorgerufen wurden, stand man relativ unvorbereitet gegenüber. Unsere Wirtschaftsgesellschaft hat zwar durch Zulassung und Gewährleistung von Wettbewerb und Arbeitskampf Mittel zur kampfweisen, nicht friedlichen Austragung privatwirtschaftlicher Interessenkonflikte geschaffen. Zur Herausbildung privatrechtlicher, deliktsrechtlicher Verhaltensnormen, die die Austragung politischer Konflikte in einer demokratischen, die Freiheit der politischen Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) und der politischen Demonstration (Art. 8 Abs. 1 GG) ebenso wie die Integrität der Privatsphäre (Art. 1 und 2 GG), des Berufs (Art. 12 GG) und des Gewerbebetriebs (Art. 14 GG) verfassungsrechtlich gewährleistenden Ordnung erst ermöglichen, ist es nicht gekommen, obwohl der politische Interessenkonflikt in gleicher Weise wie Wettbewerb und Arbeitskampf mit Beeinträchtigungen der privaten, beruflichen und gewerblichen Interessen anderer verbunden sein kann.

Erst aufgrund der Demonstrationswellen bemühte man sich, diese neuen Handlungsformen im gesellschaftlich-politischen Kräftespiel in unsere Rechts- und Verfassungsordnung einzupassen, die einerseits als demokratische Ordnung auch außerparlamentarischer Dynamik genügend Raum lassen muß, die aber andererseits als Ordnung einer repräsentativen Demokratie und auch als dem Bestandsschutz verpflichtete Ordnung dies nicht unbegrenzt tun darf.

Im strafrechtlichen Bereich war das Ergebnis dieser Bemühungen eine Liberalisierung des Demonstrationsstrafrechts (3. Strafrechtsreformgesetz vom 22. 5. 1970).
Im Bereich des Zivilrechts ist hingegen für die Frage, ob die von Blockaden oder physischen Behinderungen und Demonstrationen betroffenen Unternehmen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gegen diejenigen haben, die sie an der ungestörten Ausübung ihrer gewerblichen und unternehmerischen Betätigung hindern, nach wie vor das durch den BGB-Gesetzgeber in Kraft gesetzte deliktische Haftungssystem der §§ 823 ff BGB maßgebend.
Zur Beantwortung der Frage, ob dieses System, das nur inhaltlich fest umrissene Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB) einerseits und durch Schutzgesetze typisierte Handlungen (§ 823 Abs. 2 BGB) andererseits bzw. vorsätzliche sittenwidrige Vermögensbeschädigungen kennt, seine Funktion noch zu erfüllen vermag, oder ob darüber hinaus eine Notwendigkeit für einen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu gewährenden Unternehmensschutz besteht, ist zunächst eine Klärung des Zwecks des deliktischen Schadensersatzrechts erforderlich.
Auch stellt sich die Frage nach dem Zweck des deliktischen Schadensersatzrechts im Zusammenhang mit der Höhe der Schadensersatzleistungen, zu denen einzelne Demonstranten verurteilt wurden. Diese Verpflichtungen werden wegen ihrer Höhe von den Betroffenen kaum voll befriedigt werden können. Unter diesen Umständen bedeutet die Wiedergutmachungspflicht ein viel größeres Übel als die strafgerichtliche Verurteilung.

B. Zweck des deliktischen Schadensersatzrechts

I. Ausschluß eines Vergeltungszwecks

Da das Gesetz in den Fällen der §§ 823 ff BGB als Voraussetzung des Ersatzanspruchs ein schuldhaftes, also ein rechtlich mißbilligtes und vorwerfbares Verhalten des Ersatzpflichtigen verlangt, könnte das Schadensersatzrecht eine Sanktion gegen das Unrecht als solches bedeuten.
Strafbare Tat und unerlaubte Handlung haben geschichtlich und ethisch denselben Ursprung, das Privatdelikt. Es gewährte einen Anspruch auf Privatstrafe oder Buße.[1] Von den Privatdelikten spalteten sich die öffentlichen Straftaten ab, während im privaten Restbereich die Buße vom zweckbetonten Schadensersatz verdrängt wurde.[2] Folge der allmählichen Erkenntnis des subsidiären Charakters des Strafrechts war eine Einschränkung der Straftatbestände.[3]

Die Trennung von öffentlichem Strafrecht und privatem Deliktsrecht ergibt sich heute aus den andersartigen Rechtsfolgen Strafe und Schadensersatz sowie aus den unterschiedlichen Voraussetzungen, die in dem jeweils anderen Rechtsgebiet keine Parallele finden.

---

1) Esser, SchuldR AT, 3. Aufl., § 40 II 1 (S. 266); Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 340; Hans Leo Weyers, Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Versorgungssystem, Frankfurt 1971, S. 637
2) Wiethölter, KritJ 1970, 121, 126
3) Baumann, StrafR AT, 4. Aufl., § 3 II 2 a: "Aufgabe speziell des Strafrechts ist es, die wichtigsten Bereiche des sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen". Vgl. auch Roxin, JuS 66, 377, 382; Cramer, JuS 66, 472, 474; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 176; Ule, Streik und Polizei, S. 32

Für das Strafrecht seien genannt: Versuch und Rücktritt; persönliche Begünstigung und persönliche Strafausschließungsgründe. Für das Zivilrecht seien angeführt: bei noch so verwerflichen Taten besteht keine Ersatzpflicht, wenn kein Schaden vorhanden ist;[1] keine Abstufung der Ersatzpflicht nach dem Verschuldensgrad; Haftung für vermutetes Verschulden; die Bejahung eines Verschuldens braucht keineswegs immer die Bedeutung eines moralischen Vorwurfs zu haben.[2] Schon aus diesen Gegensätzen in der Ausgestaltung folgt, daß der Gedanke der bloßen Unrechtssanktion dem Schadensersatzrecht des BGB nicht zugrunde liegen kann.

Aber auch aus dem Grundgesetz, insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG, ergibt sich, daß eine Vergeltungsfunktion des Schadensersatzrechts, auch soweit rechtswidrig-schuldhaftes Handeln in Frage steht, ausgeschlossen sein muß. Mit diesem Artikel wäre es einmal nicht vereinbar, daß die Höhe einer "Strafe" nicht in gewissen Grenzen festläge[3], zum anderen würden die Deliktstatbestände in ihrer Fortentwicklung durch Rechtsprechung und Rechtslehre - z.B. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - keineswegs die Anforderungen erfüllen, die an einen gesetzlichen Tatbestand im Sinne des Art. 103 GG zu stellen sind.[4]

Der Gedanke der Sanktion im Sinne einer Reaktion der Rechtsordnung auf das Unrecht als solches gehört dem Strafrecht an, denn die Vergeltung ist neben der Vorbeugung der hauptsächliche Zweck des Strafrechts[5], wenn auch die Frage nach

---

1) Lehmhöfer, JuS 66, 337, 339
2) Mertens, Vermögensschaden, S. 97; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 80; Larenz, SchuldR AT, 10. Aufl., S. 306
3) Bötticher, MDR 63, 358, 359
4) Mertens, Vermögensschaden, S. 96; zum Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit in Art. 103 Abs. 2 GG vgl. Dürig in Maunz-Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 Rdnrn. 107 ff
5) BVerfGE 9, 167, 171; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 341

dem Sinn der Strafe noch weitere Gesichtspunkte liefert.[1] Der Vergeltungszweck ist jedenfalls dem Zivilrecht fremd.[1a] Der Gedanke vom Sanktionszweck kommt in der neueren Rechtsprechung zum Schmerzensgeldanspruch, in der die Genugtuungsfunktion besonders betont wird, verstärkt zum Ausdruck.[2] Der Schmerzensgeldanspruch soll dem Betroffenen nicht nur einen angemessenen Ausgleich für die immateriellen Nachteile, sondern auch eine Genugtuung gewähren[3], wobei letztere durchaus im Vordergrund steht. Die Genugtuung kann aber nicht mit der Strafe auf eine Stufe gestellt werden; denn letztere richtet sich gegen den Täter, sie will Sühne sein und bessern und abschrecken, das Schmerzensgeld dagegen will dem Verletzten etwas zuwenden, es will ihm einen Ausgleich für die erlittene Unbill verschaffen[4] und das gekränkte Rechtsgefühl des Betroffenen besänftigen.[5] An dieser Zweckrichtung, die den Verletzten im Auge hat, ändert auch der Umstand nichts, daß bei der Feststellung der Höhe der Entschädigung der Grad des Verschuldens des Verletzers und dessen wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden.[6]

---

1) vgl. Roxin, JuS 66, 337 f

1a) so die absolut heute hM, vgl. Esser, SchuldR AT., 3. Aufl., § 40 II 3 und 4; Mertens, Vermögensschaden, S. 96 f; Larenz, SchuldR AT, 10. Aufl., § 27 I; Bötticher, AcP 158 (1959/60), 305; Klein, NJW 71, 453, 455; H. P. Westermann, NJW 74, 577, 581; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, S. 18 ff; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 82, 238; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 32; Hirsch, Festschrift für Engisch, S. 304, 312/13; 318/19; Stoll, Festschrift für Rheinstein II, S. 569; Baumann, AcP 155 (1956), 495, 510; Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB, II, S. 640; OGHZ 1, 308 = NJW 49, 302, 303;
a. M. Langes, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 64 (zitiert bei Neumann, IherJb 86, 277, 322)

2) Borgmann, ZRP 73, 53, 54; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 342; JuS 69, 197, 201

3) BGHZ 18, 149; 26, 358; 35, 369; BGH NJW 65, 1375; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 69 III; Krüger-Nieland, Verh. 45. DJT, II, C. 38 f

4) Krüger-Nieland, aaO., C. 39; ähnlich Stoll, Verh. 45. DJT, I, 1, 152

5) Grossfeld, Die Privatstrafe, S. 100

6) BGHZ 18, 149; 26, 358; Krüger-Nieland, aaO., C. 41

II. Ausgleichszweck

Gemeinsam ist allen Fällen des Schadensersatzes, daß der Verletzte für den ihm zugefügten Schaden einen Ersatz, einen Ausgleich erhalten soll.
Im BGB ist der Umfang der Haftung unabhängig vom Verschuldensgrad: Es soll der ganze Schaden übernommen werden, wobei es gleichgültig ist, ob der Täter vorsätzlich, grobfahrlässig oder fahrlässig gehandelt hat[1]. Der Schadensersatz orientiert sich also an dem Interesse des Geschädigten, nicht am Verhalten des Ersatzpflichtigen. Durch die Schadensersatzleistung soll so weit als möglich der Nachteil für die Güterlage des Geschädigten ausgeglichen werden. Der Ersatzberechtigte soll , nachdem er Schadensersatz erhalten hat, weder besser noch schlechter stehen, als wenn das Schadensereignis nicht eingetreten wäre[2].
Die Restitution ist also ein Zweck des deliktischen Schadensersatzes gemäß §§ 823 ff BGB.

III. Prävention

Wenn beim deliktischen Schadensersatzrecht sich der Ausgleichsgedanke aus dem Gesetzeszusammenhang ergibt, so darf dabei aber nicht übersehen werden, daß die Wiedergutmachungspflicht ihrerseits eine präventive Wirkung zur Folge hat. Denn wegen des zumeist unberechenbaren Risikos, das bis zu einer "prohibitiven Höhe"[3] ansteigen kann, wird die Ersatzpflicht oft mehr gefürchtet als die geringere Geldbuße oder kurze Freiheitsstrafe[4]. Rein systematisch läßt sich die Schadensabnahme von der Prävention trennen und lediglich als ein in vielen Fällen "unerwünschtes Nebenprodukt" der Schadensersatzpflicht ansehen[5]. Eine solche Unterscheidung

---

1) Esser, Schuldrecht AT, 3. Aufl., S. 267; Deutsch, JZ 71, 244, 245; anders § 255 a Referentenentwurf 1967
2) BGHZ 30, 29, 31; 40, 345, 347; Lehmhöfer, JuS 66, 337, 338; BVerfG NJW 73, 502, 503
3) Deutsch, JZ 71, 244, 246
4) Heck, Schuldrecht, 1929, S. 438f; Mertens, Vermögensschaden, S. 109
5) so Larenz, SchuldR, 10. Aufl., S. 307; Hueck, JR 53, 404, 406; Baumann, AcP 155 (1956), 495, 510

der beiden Rechtsgebiete nach deren eindeutigem Zweck stellt jedoch etwas Künstliches dar[1]. Der Rechtsordnung als Ganzes kann man ein Interesse an Vorbeugung nicht absprechen. Auch bei den Tatbeständen der §§ 823 ff BGB handelt es sich um die Verletzung rechtlicher Gebote und Verbote[2]. Deliktisches Verhalten soll verhindert und damit die Sicherheit der geschützten Güter und Rechte gewährleistet werden. Schließt man den Zweck einer Norm aus ihrer Funktion, so ist es nicht möglich, das Präventionsdenken aus der Unrechtshaftung zu verbannen.Zu Recht wird deshalb auch in Rechtsprechung[3] und im Schrifttum die Prävention als ein weiterer Zweck des deliktischen Schadensersatzrechts anerkannt[4]. Mit der Anerkennung des Präventionszweckes wird damit ebenfalls nicht der Strafcharakter der privatrechtlichen Sanktion bejaht, denn auch im Strafrecht ist die Abschreckung nicht allein für das Wesen der Strafe kennzeichnend [5].

IV. Rechtswahrende Funktion

Die §§ 823 ff BGB haben auch die Funktion von Bestimmungsnormen [6]. Sie verbieten, in fremde Rechte bzw. Rechtsgüter einzugreifen oder sich in gewisser, vom Recht mißbilligter, Weise zu verhalten.
Indem die Schadensersatzpflicht auch diese Verbote bzw. Gebote sichern soll, wird dadurch der Anspruch der Rechtsordnung auf Befolgung ihrer Normen hervorgehoben und damit ihre Geltung faktisch abgesichert. Würde der Privatrechtsordnung ein solches Mittel in Form der Schadensersatzpflicht nicht zur Verfügung stehen, so wäre die Erfüllung ihres Ordnungsauftrages nicht mehr gewährleistet.

---

1) Deutsch, JZ 71, 244, 247
2) Mertens, Vermögensschaden, S. 109; Hirsch, Festschrift für Engisch, S. 304, 314/15
3) OGHZ 1, 308, 313; BAGE 6, 321, 374; BVerfG NJW 73, 502, 504; 73, 1221, 1222
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. I, S. 597; Bötticher, AcP 158 (1959/60), 385; Larenz, NJW 58, 827, 829; 59, 865; Mertens, Vermögensschaden, S. 109; Hirsch, Festschrift für Engisch, S. 304, 314; Deutsch, JZ 68, 721, 727; NJW 66, 705, 707; Löwisch, Deliktsschutz, S. 131
5) Hirsch, Festschrift für Engisch, S. 304, 314; Schönke-Schröder, StGB, Rdnrn. 4 ff vor § 13
6) Hirsch, aaO., S. 315

Voraussetzung für ein privatrechtliches Schadensersatzrecht und damit letztlich für die Erhaltung der Privatrechtsordnung insgesamt ist daher, daß der deliktische Schadensersatzanspruch auch eine rechtswahrende Funktion hat.[1)]

V. Primärzweck und Sekundärzwecke

Einerseits sieht das BGB in den §§ 823 ff weder für noch so verwerfliche Taten, noch für reine Verletzungen und den Versuch eine Schadensersatzpflicht vor, wenn es an einem Schaden fehlt; andererseits ist auch grundsätzlich, von §§ 847, 253 BGB abgesehen, nirgends mehr als voller Schadensersatz zu leisten.
Das deliktische Schadensersatzrecht richtet sich also zunächst gegen die Schadenszufügung als Folge einer Rechtsverletzung. Auch aus dem weiteren Gesetzeszusammenhang, insbesondere hinsichtlich der Haftung aus Schadenszufügung durch einen Dritten (z.B. Gehilfen) sowie der Umkehr der Beweislast (§§ 833, 836 BGB) folgt, daß der Schadensausgleich primärer Zweck sein muß; denn Zuweisung des Unaufklärbarkeitsrisikos hat mit Prävention nichts zu tun.

Bei der deliktischen Haftung ist der Ersatz des materiellen Schadens der primäre Zweck (Ausgleichs- bzw. Restitutionsprinzip), dem Prävention und Wahrung der Privatrechtsordnung als weitere Zwecke nachgeordnet sind.[2)]
Bei der Frage, ob das deliktische Haftungssystem des BGB-Gesetzgebers alle Demonstrationshandlungen, die eine Beeinträchtigung der gewerblichen und unternehmerischen Betätigung zur Folge haben, sachgerecht zu erfassen vermag, oder ob darüber hinaus eine Notwendigkeit für eine Rechtsfortbildung besteht, sind die genannten Zwecke des Schadensersatzrechts zu beachten.
Der primäre Zweck der deliktischen Haftung ist der des Ausgleichs. Bei der Ausgestaltung des deliktischen Haftungssystems hat der Gesetzgeber einen rechtspolitischen Ermessensspielraum.

---

1) Mertens, Vermögensschaden, S. 109; BVerfG NJW 73, 502, 504; 73, 1221, 1222

2) Larenz, SchuldR AT, 10. Aufl., S. 307; NJW 59, 865; Vertrag und Unrecht, II, S. 32; Esser, SchuldR AT, 3. Aufl., S. 267; Gefährdungshaftung, S. 73 f; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 341; Fahrlässigkeit, S. 83; NJW 66, 705, 707; JZ 68, 721, 727. Knappe (Das Problem der überholenden Kausalität, S. 109 f) und de Boor (Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl., S. 241) messen dagegen dem Sanktionsgedanken gleichen Rang wie dem Ausgleichsprinzip zu.
Noch weiter geht BAG (BAGE 6, 321, 374), das für den Bereich der Vertragsverletzung der Präventionsfunktion - das BAG spricht auch von Schutz- oder Sanktionsfunktion - den Vorrang einräumt.

C. Allgemeine Grundsätze des Deliktsrechts

Das Recht steht vor dem grundsätzlichen Widerstreit zwischen dem Freiheitsinteresse einerseits und dem Vermögensbestands- oder allgemeiner: dem Integritätsinteresse andererseits.

Der Mensch bedarf privater, beruflicher und politischer Handlungsfreiheit zur Entfaltung seiner Persönlichkeit. Innerhalb eines bestimmten Bereiches muß er tätig werden können, ohne für die Folgen seines Tuns Ersatzverpflichtungen oft größter Höhe gewärtigen zu müssen. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die menschliche Initiative mit einem "Verletzungsrisiko" belastet wäre, das sie praktisch ausschaltete[1]. Durch die Bevorzugung der Freiheit wird auch der Geschädigte nicht einseitig belastet, denn was einer Person auf der Güterseite genommen wird, wird ihr auf der Handlungsseite in anderer Form gegeben, mit anderen Worten, er selbst kann in anderem Zusammenhang die gleiche Handlungsfreiheit in Anspruch nehmen[2]. Diese grundsätzliche Wertentscheidung dient der "Herstellung des richtigen Verhältnisses zwischen der individuellen und der kollektivistischen Existenz der Gemeinschaftsmitglieder"[3].
Das allgemeine Deliktsrecht löst einen Teil der Probleme, die sich aus dieser Interessenkollision ergeben.[4]

---

1) Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 61 Beiheft, S. 3, 10
2) Deutsch, JZ 68, 721, 722; Fahrlässigkeit, S. 69
3) Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925, S. 296
4) In den Beratungen der 2. Kommission (Protokolle, S. 2711) wurden die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen zu den Vorschriften gezählt, welche dazu bestimmt sind, die Rechtskreise der einzelnen, innerhalb derer sie ihre Freiheit entfalten und Interessen verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen.
Vgl. hierzu auch Ramm, JZ 72, 137, 141; Fabricius, AcP 160 (1961), 273, 295/296; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 61 Beiheft, S. 3, 10; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 157; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 69, 221; JZ 68, 721, 722; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 990; Säcker, ZRP 69, 60, 61; Simitis, Verh. 47. DJT (1968), Bd. I, Teil C, S. 61 f

I. Systematik der §§ 823 ff BGB

Bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Haftung für Schäden, die sich aus der Beeinträchtigung der gewerblichen und unternehmerischen Betätigung durch Demonstrationshandlungen ergeben, ist von dem Haftungssystem der §§ 823 ff BGB auszugehen. Der BGB-Gesetzgeber hat drei Grundtatbestände aufgestellt.

Nach § 823 Abs. 1 besteht ein Schadensersatzanspruch, wenn eine Reihe abschließend angeführter Lebensgüter (Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit) sowie das Eigentum oder ein sonstiges Recht[1] verletzt wird. Diese Güter der Person und diese Rechte sind sowohl gegen vorsätzliche als auch gegen fahrlässige Verletzung geschützt.
Nur bestimmte Verhaltensweisen, die die Rechte und Interessen anderer verletzen, werden von § 823 Abs. 2 als Verstöße gegen Schutzgesetze, von § 824 als Kreditschädigungen und von §§ 832, 833 und 834, 836 bis 838 als Verletzung bestimmter Aufsichtspflichten erfaßt. Leben, Gesundheit und Eigentum finden zum Teil hier wiederum Schutz, daneben aber auch in § 823 Abs. 1 nicht genannte Güter der Person, das Vermögen ganz allgemein oder doch bestimmte Vermögensinteressen.[2]
Je nach dem Charakter der verletzten Norm besteht eine Haftung nur für vorsätzliches, in erheblichem Umfang aber auch für fahrlässiges Verhalten. Es besteht für allgemeine Vermögensinteressen auch gegen fahrlässige Schädigungen bestimmter Art Schutz. § 823 Abs. 2 BGB bildet die "Transformationsstelle" zwischen Normen, die ein privates Interesse wenigstens in zweiter Linie wahrnehmen, und dem Deliktsrecht. Jedes Schutzgesetz wird damit zur zivilrechtlichen Unrechtsmaterie.[3]
Schließlich verpflichtet § 826 BGB den sittenwidrig Handelnden zum Ausgleich jedes vorsätzlich angerichteten Schadens.

Damit glaubte der Gesetzgeber, den Bereich der denkbaren rechtswidrigen Schädigungen anderer erfaßt zu haben. Darüber hinaus wurde eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit nicht statuiert.

---

1) Begründung und Abgrenzung der absoluten Rechte hat durch Rechtsnormen an anderer Stelle zu erfolgen, RGZ 51, 369,373
2) Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 9 f
3) Deutsch, JZ 63, 385, 389; Festschrift für Wahl., S. 339, 340; Wiethölter, JZ 63, 205, 207, 208

Der Gesetzgeber hat in der Ausgestaltung der allgemeinen Deliktstatbestände ein eigenartig gemischtes System gewählt. Enge Einzeltatbestände stehen neben allgemeineren Regelungen und einer beschränkten Generalklausel.
Das "System der offenen Enumeration", das den Richter bei Bedarf zur Aufstellung weiterer, neuer Deliktstatbestände ermächtigt, paßt nicht recht für eine Kodifikation. Es gehört mehr zu den Rechten, die wie das englische Recht aus der Spruchpraxis entstanden sind.
Das BGB folgte auch nicht dem römischen Recht, Lex Aquilia, das abschließend aufgezählte Sondertatbestände enthielt.
Ein solches System kann den sozialen Veränderungen nur bei Pflege und Ergänzung durch den Gesetzgeber gerecht werden.
Schließlich paßte es sich nicht dem preußischen (ALR I 6, §§ 8 - 12), sächsischen (sächs. BGB § 116) und französischen (Code civil art. 1382) Vorbild einer umfassenden Generalklausel an [1].

Der Gesetzgeber hat damals auf die Einführung einer allgemeinen deliktischen Generalklausel bewußt verzichtet. Man fürchtete die Unsicherheiten und Zweifel, insbesondere die Uferlosigkeit der Ansprüche, zu denen eine solche Generalklausel führen könnte[2]. Eine rechte Begrenzung der Haftung ist aber auch bei einer allgemeinen Norm, nach der jede fahrlässige Schädigung eines anderen ersatzpflichtig macht, möglich. Die einzelnen Sorgfaltspflichten müssen nur in Schutzrichtung und Schutzumfang sachgerecht herausgearbeitet und abgegrenzt werden [3]. Der Unterschied zwischen Rechten mit allgemeinem Deliktstatbestand [4] und dem deutschen Recht liegt vielmehr darin, daß der Gesetzgeber glaubte, die

---

1) Entwurf I § 704 enthielt noch eine Generalklausel. Die Änderung erfolgte durch die 2. Kommission, vgl. Prot. II, S. 556 f; Mugdan II, S. 1267
2) v. Caemmerer, Festschrift DJT (1960), Bd. II, S. 49, 65
3) vgl. Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, 1940, S. 44 f
4) so Art. 1382 Code civil; § 1295 Abs. 1 ABGB; Art. 43 Abs. 1 OR; Art. 2043 Codice Civile von 1942; Art. 914 griech. ZGB von 1946; Art. 1401 Burgerlijk Wetbock

Beurteilung der Frage, wann eine Schadenszufügung rechtswidrig und schuldhaft sei, soweit als möglich selbst beantworten zu müssen und die Lösung dieser Probleme nicht dem Richter überlassen wollte[1].
Es handelt sich hierbei also eher um Konstruktionsfragen denn um unterschiedliche juristische Wertentscheidungen[2]. Das Haftungssystem des BGB ist nicht ontisch vorbedingt, sondern nur eine von verschiedenen Möglichkeiten, die Fragen des zivilen Schadensausgleichs technisch zu bewältigen. Die Rechte mit allgemeiner Generalklausel gewähren ebenfalls keinen vollständigen Interessenschutz. Die Form, wie das BGB in seinem Deliktssystem die Wertung zu geben versucht hat, berührt sich dabei nahe mit den Überlegungen, die in den Rechten mit allgemeiner Generalklausel an anderer Stelle im Haftungsaufbau vorgenommen werden, um die Fälle rechtswidriger Schädigung abzugrenzen. In beiden Systemen ergeben sich häufig ähnliche, wenn nicht gar gleiche Ergebnisse. Mit der Ablehnung einer allgemeinen Generalklausel war auch nicht die Absicht des Gesetzgebers verbunden, im sachlichen Ergebnis anders zu entscheiden.[3]

Das BGB hat nun zwar keine allgemeine Generalklausel, wohl aber Generalklauseln besonderer Art.
Durch den Begriff des "sonstigen Rechts" enthält § 823 Abs. 1 BGB eine gewisse abhängige Generalklausel.[4] Alle subjektiven, absoluten Rechte, auch soweit sie in § 823 Abs. 1 BGB nicht genannt sind, werden geschützt. Auch § 823 Abs. 2 BGB ist eine generalklauselartige Bestimmung mit gewissen, ebenfalls abhängigen Entwicklungsfunktionen.[5] Auch § 826 BGB

---

1) Protokolle, S. 2717; Heck, SchuldR, § 148, 1 a (S. 449); Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 402
2) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 122
3) Eike Schmidt, Athenäum-Zivilrecht 1, S. 486; v. Caemmerer, Festschrift für E. von Hippel, S. 27; Festschrift DJT (1960), Bd. II, S. 49. 66; Festschrift für Rabel I, S. 333, 334 f; Heldrich, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. II, S. 313 f
4) Deutsch, JZ 63, 385, 388/89; Bötticher, AcP 158 (1959), 385, 401; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 109, 151; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 61 Beiheft, S. 3; Staudinger-Coing, BGB, Vorbem. 17 zu § 1
5) Deutsch, aaO.

scheint nur eine echte Generalklausel zu sein. Aber auf Grund der Auslegung, die der Begriff der "guten Sitten" in Rechtsprechung wie in überwiegender Meinung der Literatur gefunden hat,[1] und auf Grund der in § 826 BGB ferner geforderten vorsätzlichen Schadenszufügung ist diese Vorschrift ebenfalls nur eine beschränkte Generalklausel.[2]
Durch diese beschränkt generalklauselartigen Tatbestände ist der Weg der Rechtsfortbildung im deutschen Recht der unerlaubten Handlungen vorgezeichnet.

Der Vorteil der BGB-Regelung besteht nun darin, daß die Rechtsanwendung zu einer genaueren Analyse und Differenzierung der Fälle des Unrechts gezwungen wird[3]. Weiterhin tritt, je spezieller eine den einzelnen begünstigende Rechtsnorm ist, um so deutlicher hervor, daß ihrer anspruchsgewährenden eine anspruchsbegrenzende Funktion korrespondiert: Die Rechtsnorm besagt auch, daß sie die Interessen nicht befriedigt, die aus ihrem Anwendungsbereich fallen[4]. Neben der Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen einerseits ist deshalb auf der anderen Seite gerade die Begrenzung eine wesentliche Anforderung an ein ausgewogenes und sinnvolles System ziviler Haftung.[5]
Diese notwendige Haftungsbgrenzung zeigt sich in vielfältiger Form:

II. Haftungsbeschränkungen

1. kein genereller Vermögensschutz

Das "Vermögen" ist nicht Gegenstand eines subjektiven, absoluten Rechts und damit nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt gegen jede auch nur fahrlässige Schädigung[6]. Das Vermögen genießt nur Rechtsschutz, wenn einer seiner Bestand-

---

1) vgl. unten S. 55 ff, 69
2) Coing, NJW 51, 596
3) Rabel, Deutsche Landesreferate, 1932, S. 27
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 71 (S. 435); v. Caemmerer, Festschrift DJT (1960), Bd. II, S. 49, 69; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 61 Beiheft, S. 3, 4; Völp, WuW 56, 31; Deutsch, JZ 68, 721, 722
5) Bentzien, VersR 70, 1095, 1097
6) Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 65 I (S. 403); sogar Nipperdey, Enneccerus Nipperdey, AT, § 131 IV (S. 844), der sonst von einem sehr weiten Begriff des subjektiven, absoluten Rechts ausgeht, stimmt dem zu.

teile verletzt ist, der wie das Eigentum oder ein anderes subjektives absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB auch gegen fahrlässige Verletzungen gesichert ist, oder wenn ein Verstoß gegen ein Gesetz vorliegt, das den Schutz des Vermögens bezweckt (§ 823 Abs. 2 BGB etwa in Verbindung mit § 123 StGB), oder wenn die das Vermögen schädigende Handlung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise begangen wird.[1)]

2. Grundsatz der Unmittelbarkeit

Eine weitere Haftungsbegrenzung ergibt sich aus dem Grundsatz der Unmittelbarkeit.[2)] Grundsätzlich erhält nur derjenige eine Entschädigung für die von ihm erlittenen Nachteile, dessen Rechte oder Rechtsgüter selbst in tatbestandsmäßiger Weise beeinträchtigt wurden. Das bedeutet, daß Schäden, die aus der Verletzung eines anderen resultieren, prinzipiell ersatzlos bleiben. Der mittelbar Geschädigte spürt, ohne selbst in tatbestandlich erfaßten Interessen verletzt zu sein, das Schadensereignis nur im Reflex, weil er in irgendeiner Weise rechtlich mit dem Verletzten verbunden ist.[3)] Es muß also Personenidentität[4)] gegeben sein. Eine Ausnahme

---

1) Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 403. Anders als bei § 823 Abs. 1 BGB verlangt die schadensstiftende Handlung bei § 826 BGB keine Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter, denn § 826 BGB schützt unmittelbar das Vermögen als solches: auszugleichen ist jeder vorsätzlich zugefügte Vermögensschaden, sofern er nur durch sittenwidriges Verhalten verursacht wird. Vgl. RG Recht 1914, Nr. 621; 1923, Nr. 645; RG Gruchot 58, 988; 67, 180; BGH NJW 67, 493, 495;
zum Vermögensschutz allgemein vgl. RGZ 95, 173, 174; 97, 87, 88/89; BGH NJW 58, 1041, 1042; BayObLG NJW 67, 354, 356; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 234 I 1 e; Soergel-Schräder, BGB, 9. Aufl., § 823 Rdnr. 1;
auch nach dem schweizerischen Obligationsrecht ist das Vermögen als solches kein geschütztes Rechtsgut, vgl. Merz, ZfBernJV 55, 300, 309

2) vgl. Larenz, SchuldR AT, § 14 II b

3) Auch im Falle des § 826 BGB ist nur derjenige ersatzberechtigt, dem gegenüber ein sittenwidriges Handeln gegeben ist. Das kann auch dann der Fall sein, wenn zunächst ein anderer geschädigt wird und erst durch dessen Schädigung auch eine solche des in erster Linie ins Auge gefaßten Opfers eintritt. Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 1000; Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten, S. 29; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 826 Anm. 4; RGZ 113, 33, 37; 136, 247, 253;
kritisch hinsichtlich des mittelbar Geschädigten Wolf, NJW 67, 709, 710; RGZ 79, 55, 59

4) Deutsch, JZ 68, 721, 722

machen die §§ 844, 845 BGB. Bei Tötung einer Person können die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen Schadensersatz verlangen.

Ein Schaden, der bei Dritten als Folge der Schädigung des Verletzten auftritt, wird nicht ersetzt[1]. Mit der Entstehung eines solchen Schadens ist zwar durchaus zu rechnen. Aber um das Risiko menschlichen Handelns in vernünftigen Grenzen zu halten, wird der Deliktsschutz auf den Verletzten und seine Hinterbliebenen begrenzt [2].

Der Ausschluß mittelbar Geschädigter läßt sich indessen noch unter einem anderen Gesichtspunkt erklären: es handelt sich hier ausnahmslos um reine allgemeine Vermögensschäden, und diese werden grundsätzlich nicht ersetzt.[3]

---

1) anders nach dem Code civil, vgl. Glückert, AcP 166 (1966), 311, 315
Der Schaden "mittelbar Betroffener" darf nicht verwechselt werden mit dem "mittelbaren Schaden". Dem BGB ist dieser Begriff fremd; es wird der "mittelbare Schaden" ebenso ersetzt wie der unmittelbare (vgl. BGHZ 19, 114, 126; Herschel, DR 40, 1779). Nur die Rechtswissenschaft (vgl. Larenz, SchuldR AT, 9. Aufl., § 14 II b) bedient sich dieser Unterscheidung manchmal. Dabei meint sie, "unmittelbarer" Schaden sei der Schaden, der an dem Rechtsgut eingetreten ist, dessen Verletzung den Schadensersatzanspruch ausgelöst hat. "Mittelbar" soll dagegen der Schaden am sonstigen Vermögen des Verletzten sein.
Diese weitgehende Ersatzpflicht für mittelbare Schäden ist in anderen Rechtsordnungen stärker eingeschränkt, vgl. etwa Code civil, artt. 1150 - 1153; öst. ABGB, §§ 1323 Satz 2, 1324, 1331 - 1333.

2) RGZ 61, 293, 295; 64, 344, 345; 80, 48, 50; 82, 189ff (auf S. 190 wird die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zitiert); 92, 404, 410; 125, 252,253; RG DR 40, 1779 m. Anm. Herschel; BGHZ 7, 30; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 249 I; Wolf, NJW 67, 709; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 990/991, 1048; v. Caemmerer, Festschrift DJT (1960), S. 49, 68; Larenz, VersR 63, 1, 3; Berg, JuS 61, 317, 319; Lehmann, NJW 59, 670

3) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 157; Emmerich, Rezension BGH JuS 72, 101

3. Lehre vom Schutzzweck der Norm

Voraussetzung jeder deliktischen Haftung ist zunächst ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Erfüllung des Haftungstatbestandes und der Rechtsgutverletzung, sowie zwischen der letzteren und dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, sog. haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität.[1)]

Bei der Prüfung der Kausalität ist vom naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff auszugehen, nach dem Ursache jede Bedingung ist, die zu dem rechtlich erheblichen Erfolg beigetragen hat, und zwar so, daß dieser Erfolg ohne die fragliche Bedingung nicht eingetreten wäre - conditio sine qua non.[2)] Eine uneingeschränkte Anwendung dieses Ursachenbegriffs müßte im Zivilrecht, namentlich angesichts des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs[3)], zu einer unbegrenzten Haftung führen.[4)]

Da in unserem Schadenstragungssystem, das keine reine Kausalhaftung kennt, die bloße Ursächlichkeit zwar Voraussetzung, jedoch nicht positiver Faktor der Zurechnung ist[5)], ist ein haftungsbegrenzendes Korrektiv unerläßlich. Als ein solches Korrektiv setzte sich die sog. Adäquanztheorie allgemein durch.[6)] Insbesondere das RG bejahte die Kausalität nur, wenn eine Bedingung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist.[7)]

---

1) Esser, SchuldR AT, 4. Aufl., § 44 I
2) BGHZ 2, 138, 140; 3, 261, 265; 57, 84, 85; v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 12
3) BGHZ 39, 281, 283; BGH VersR 68, 395; NJW 70, 1038, 1039
4) Bei fahrlässigem Verhalten ist de lege lata eine Begrenzung nur mit Hilfe einer Vereinbarung möglich (arg. § 276 Abs. 2 BGB), also in der Regel nicht bei einer unerlaubten Handlung. Vgl. Berg , JuS 61, 317, 318
5) Eike Schmidt, VersR 70, 395, 396; Larenz, NJW 55, 1009, 1011
6) grundlegend L. Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1902, S. 159 f
7) in der Rspr des RG zuerst RGZ 50, 211, seit etwa 1908 st. Rspr., vgl. etwa RG JW 1908, 41 und das grundlegende Urteil RGZ 81, 359 f; RGZ 133, 126, 127; 152, 397, 401; 155, 37, 41; 168, 86, 88; übernommen vom BGH, vgl. BGHZ 3, 261, 265; BGH NJW 52, 1010/1011; 54, 1033; BGHZ 18, 286, 288

Ihre Geltung kann auch in der Rechtswissenschaft trotz verschiedener Bedenken, die gegen sie in neuerer Zeit vorgetragen werden,[1] als im Grundsätzlichen feststehend und gesichert bezeichnet werden[2].

Die Rechtsprechung ist aber in dem verständlichen Bemühen, dem Geschädigten Ersatz zu verschaffen, in der Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs in der Regel doch wieder so weit gegangen, daß die praktische Bedeutung der Adäquanztheorie minimal ist[3]. Daher sah sich die Rechtsprechung gezwungen, zusätzliche Begrenzungskriterien herauszuarbeiten.[4] Sie sind bekannt geworden unter den Stichworten "Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs"[5], und "Billigkeit der Zurechenbarkeit"[6]. Damit wurde in Wirklichkeit der Grundgedanke der Adäquanztheorie aufgegeben, denn sofern bei der Folgenzurechnung alle Umstände nach Billigkeit zu berücksichtigen sind, bildet der Grad der empirischen Wahrscheinlichkeit des Schadens nur noch eines unter beliebig vielen zulässigen Kriterien der Schadenszurechnung. Es wurde also die Notwendigkeit eines materiellen Prinzips der Schadensbegrenzung über die bloßen Wahrscheinlichkeitsformeln hinaus durch die Rechtsprechung anerkannt[7]. Auch in der Rechtswissenschaft haben sich immer mehr kritische Stimmen gefunden, die in Zweifel ziehen, daß die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang das leisten könne, was sie leisten wolle und müsse[8]. Denn wenn z.B. das Gesetz es "will", daß in

---

1) Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., S. 169, 171 f; v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Zivilrecht, 1956; Heinrich Lange, AcP 156 (1957), 114 f; Gutachten für 43. DJT, Bd. I, S. 10, 59; Lindenmaier, ZHR 113, 207 f; Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, S. 495

2) Staudinger-Werner, BGB, 11. Aufl., Vorbem. 23 f, 26 vor §§ 249 - 255; Rother, Haftungsbegrenzungen im Schadensrecht, 1965; NJW 65, 177; E. Wolf, JuS 68, 77, 82 Anm. 8 zu c; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 62 f; Larenz, Verh. zum 43. DJT, Bd. II, C 47; Th. Raiser, JZ 63, 462 f

3) BGHZ 3, 261, 268; 25, 86; BHG NJW 72, 904

4) vgl. RGZ 81, 359, 361; 102, 230, 231;

5) BGHZ 8, 325, 329; 20, 137, 143

6) BGHZ 10, 107, 108; LG Hamburg NJW 69, 615

7) v. Caemmerer, NJW 56, 569, 571

8) Radbruch, Zur Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 382; v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs, S. 395; Hopt, Schadensersatz, S. 222 FN 7; Huber, JZ 69, 677

einem bestimmten Fall inadäquate Schäden ersetzt werden, dann ist die Adäquanztheorie eben insoweit außer Geltung gesetzt bzw. eingeschränkt.[1)]

Die nötige Begrenzung der Schadensüberwälzung ist nicht in irgendwelchen generell zu bestimmenden Eigenschaften des Kausalzusammenhangs zu finden, der juristisch relevant sein soll, sondern es ist vielmehr auf die Tragweite, auf den Schutzzweck der verletzten Norm abzustellen. Mit der Wahrscheinlichkeit oder der Außergewöhnlichkeit der Folgen kommt man dabei nicht aus, es geht vielmehr um rein normative Probleme sehr verschiedener Art.[2)]

Diese Schutzzwecklehre wurde von Armin Ehrenzweig[3)] begründet, der die These aufstellte, nur der Schaden sei zu ersetzen, dessen Eintritt die haftungsbegründende Norm hintanzuhalten bezwecke, entscheidend für den Umfang der Ersatzpflicht sei der Zweck der jeweiligen Haftungsnorm. Diese Lehre geht von einem relativen Rechtswidrigkeitsbegriff aus: Die Schädigungshandlung ist nur rechtswidrig gegenüber den durch die Rechtsnorm geschützten Interessen.[4)] In Deutschland wird die "Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang" heute vor allem von Esser[5)] vertreten, der die Rechtswidrigkeit haftungsrechtlich als relativen Begriff ansieht.

Die Schutzzwecklehre im engeren Sinn hat den gleichen Ansatzpunkt wie die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang. Auch sie fragt, ob die Haftungsnorm zum Ausgleich des durch die Tat entstandenen Schadens bestimmt ist, bzw. ob die Verbotsnorm den Eintritt gerade dieses Schadens verhindern wollte.[6)]

---

1) Larenz, SchuldR AT, 10. Aufl., § 27 III 2; Boehmer, JZ 58, 743; Huber, JZ 69, 677, 682; JuS 72, 439, 440; Weitnauer, Festschrift für Oftinger, S. 321, 345; im Ergebnis ebenso, in der Begründung abweichend BGHZ 18, 286: "die Adäquanz sei in derartigen Fällen zu bejahen"

2) Eike Schmidt, VersR 70, 395, 396; Eike v. Hippel, NJW 65, 1890, 1892; Roth-Stielow, NJW 71, 180, 181; Rabel, Recht des Warenkaufs, Bd. I, S. 506 f; v. Caemmerer, NJW 56, 569, 570

3) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Wien 1928, § 301 II (S. 39 f)

4) Ehrenzweig, aaO., S. 48

5) Esser, SchuldR AT, 4. Aufl., S. 310 f, 322; Karlsruher Forum, VersR 59, Beiheft, S. 20 f, 27

6) Nipperedy in: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, 1940, S. 14, 45 f; Zeitungsstreik-Gutachten, S. 28 f; Enneccerus-Nipperdey, AT, 2. Halbb., S. 1276

Rabel,[1] Nipperdey und v. Caemmerer[2] sehen das Problem nicht in der Rechtswidrigkeit, sondern in der Anwendung der Norm. Schutzzwecklehre und Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang unterscheiden sich aber, wie auch der BGH erwähnt[3], im Ergebnis nicht.[4]

Methodisch gesehen handelt es sich bei dem Abstellen auf den Schutzzweck der Norm um eine teleologische Reduktion: Obwohl Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (auch Schuld) gegeben sind, soll mit Rücksicht auf den Zweck der Deliktsnorm eine Haftung des Schädigers nicht eintreten.[5]

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm ist inzwischen zur ständigen Rechtsprechung[6] und zur herrschenden Meinung in der Rechtswissenschaft erstarkt.[7]

---

1) Recht des Warenkaufs, Bd. I, Nachdruck 1964, S. 496
2) Kausalzusammenhang, 1956, S. 12 f; vgl. auch Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 121, 124
3) BGH NJW 68, 2287, 2288
4) Eike Schmidt, VersR 70, 395, 397 FN 15; Huber, JuS 72, 439, 440 FN 5; im folgenden wird daher nicht mehr zwischen der Lehre vom Schutzzweck der Norm und der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang unterschieden, sondern lediglich vom "Schutzzweck der Norm" gesprochen
5) Larenz, Methodenlehre, S. 369 f; NJW 65, 1, 5
6) RGZ 73, 30, 32; 82, 189, 190; 92, 401, 404; RG JW 32, 1726; DR 40, 1779; BGHZ 12, 213, 217; 19, 114, 126; 27, 137 f (grundlegend); 29, 100, 106
7) Rabel, Warenkauf, Bd. I, S. 473 f, 496 f, 501 f; v. Caemmerer, Kausazusammenhang, S. 12 f; NJW 56, 569, 570; DAR 70, 283 f; VersR 71, 973, 975; Huber, JZ 69, 677 f; JuS 72, 439, 440; Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S. 21 f, 48; Das Handeln auf eigene Gefahr, S. 290; Hermann Lange, Verh. 43. DJT, Bd. I, S. 38; A. Blomeyer, Allg. Schuldrecht, S. 173; Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung, S. 63; Joseph G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, 1962; Deutsch, NJW 65, 1985, 1987; JuS 67, 151, 155; JZ 68, 721, 722; Bötticher, AcP 158 (1959/60), S. 385; Peter Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971, S. 72 f; ablehnend: Staudinger-Werner, BGB, Rdnrn. 30 - 37 vor §§ 249 f; Werner, JR 60, 282 f; W. Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965, S. 29; E. Wolf, JuS 68, 77, 82/83 Anm. 8 zu c

Hauptanwendungsgebiet dieser Lehre ist § 823 Abs. 2 BGB, in dessen Rahmen zu prüfen ist, ob das in Anspruch genommene, nicht als Haftungsnorm geschaffene, Schutzgesetz den Geschädigten schützen, das geschützte Rechtsgut vor Beeinträchtigungen bewahren und seine Verletzung gerade auch in der Art, in der sie erfolgt ist, verhindern will.[1)]
Sie gilt aber auch für § 823 Abs. 1 BGB, da sein jede Rechts- und Rechtsgutverletzung deckender Tatbestand zu weit ist und deshalb der Eingrenzung durch den Zweck der Norm bedarf.[2)]
Diese Lehre beansprucht über § 823 BGB hinaus allgemeine Geltung. In jedem Fall wird der Schaden nur ersetzt, wenn sich in dem Schaden gerade diejenige Gefahr realisiert, die das Gesetz hintanhalten will.[3)]

---

1) Joseph G. Wolf, Normzweck im Deliktsrecht, S. 44; Manfred Wolf, NJW 67, 709, 710 FN 15; Hermann Lange, Ver. 43. DJT, Bd. I, S. 38, 39; Eike Schmidt, VersR 70, 395, 397; Th. Raiser, JZ 63, 462; vgl. auch Prot. II, 571; RG DR 40, 978; BGHZ 12, 213, 217; 19, 114, 126
2) RG HRR 1929, Nr. 299; RG DR 40, 1779; BGHZ 27, 137; BGH NJW 64, 720, 722; Joseph G. Wolf, Normzweck im Deliktsrecht, S. 22 f; Huber, JZ 69, 677, 678; Heinrich Lehmann, NJW 59, 670; Neumann-Duesberg, NJW 68, 1990, 1991; Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten, S. 29
3) BGH NJW 70, 421; 71, 459, 461; v. Caemmerer, NJW 56, 569, 570; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 216 III; Deutsch, JuS 67, 152, 155;
umstritten ist, ob diese Lehre die Adäquanztheorie ganz zu ersetzen vermag (so Huber, JZ 69, 677 und Rabel, aaO.) oder nur neben sie als zusätzliche Schranke treten soll (so Bydlinski, aaO., S. 63 f; Esser, SchuldR AT, § 45 I; Mertens, Vermögensschaden, S. 205 f; Th. Raiser, JZ 63, 462; so auch früher BGH, in BGH NJW 71, 1980 f wendet er diese Lehre anstatt der Adäquanztheorie an)

D. § 823 Abs. 2 BGB

§ 823 Abs. 2 BGB ist die Transformationsstelle zwischen deliktischem Haftungsrecht und anderen Rechtsgebieten. Der Haftungstatbestand des § 823 Abs. 2 BGB erfordert die Verletzung von Schutzgesetzen anderer Rechtsgebiete.
An Gesetzen, die von Demonstranten bei ihrem unternehmensschädigenden Verhalten verletzt werden können, kommen hauptsächlich aus dem Bereich des Strafrechts (§§ 106, 113, 123, 124, 125, 240, 303 ff StGB), aus dem Bereich des Versammlungsgesetzes (§§ 14, 15) und aus dem Bereich des Straßenverkehrsgesetzes bzw. der Straßenverkehrsordnung (§ 1 Abs. 2, 25 Abs. 1, 29 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 StVO, § 24 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 49 Abs. 1 Nr. 24a bzw. § 49 Abs. 2 Nr. 6 StVO) in Betracht.
Für einen Schadensersatzanspruch des Unternehmers müßte es sich bei den o. a. Normen um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handeln.

I. Begriff des Schutzgesetzes

Bei der Bestimmung eines Schutzgesetzes ist vom Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB auszugehen. Danach kommt es darauf an, ob ein Gesetz[1)] den Schutz eines anderen bezweckt.

---

1) Gemäß Art. 2 EGBGB ist jede Rechtsnorm, gleich welcher verfassungsrechtlichen Qualität, Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es braucht sich also nicht um ein Gesetz im staatsrechtlichen Sinne zu handeln, sondern es genügt z.B. auch eine Rechtsverordnung oder Gewohnheitsrecht. Vgl. Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 III (S.408); Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 9 a; Medicus, Bürgerliches Recht, 2. Aufl., § 24 II 3; RG JW 1916, 38; RGZ 100, 142, 146; 135, 242, 245; AG Garmisch-Partenkirchen, NJW 72, 762.
Da es sich bei dem "Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zumindest um eine Rechtsnorm handeln muß, wird man Gieseke (GRUR 50, 298, 310) nicht folgen können, wenn er "allgemeine Grundsätze, die unser soziales Zusammenleben beherrschen", als Schutzgesetze ansieht. Der Normcharakter ist nach klarem Gesetzeswortlaut unabdingbar. Vgl. Deutsch, JZ 63, 385, 389; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 207; v. Caemmerer, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 19; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 195

Sowohl Rechtsprechung[1] als auch Schrifttum[2] haben § 823 Abs. 2 BGB dahin ausgelegt, daß "Schutzgesetz" im Sinne dieser Vorschrift eine Rechtsnorm dann sei, wenn sie - sei es auch neben dem Schutz der Gesamtheit - gerade dazu dienen soll, den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Hierzu zählen auch die Gesetze, die die Gesamtheit der Staatsbürger als Summe der einzelnen schützen. Daß auch andere in diesem Falle das gleiche Interesse haben, ändert nichts an der Tatsache, daß es sich auch hier um ein Interesse jedes einzelnen handelt.[3] Nicht zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB gehören alle Normen, die unmittelbar nur die Gesamtheit als solche, insbesondere die staatliche Gemeinschaft schützen. Dieser Schutz dient zwar auch dem einzelnen, aber nur insofern als jeder an dem Wohle der Gesamtheit interessiert ist und durch Verletzung der Gesamtheit in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Er wird bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften nur mittelbar betroffen.[4]

---

1) RGZ 79, 85, 91; 112, 223, 224; 119, 435, 437; 128, 298, 300; 135, 243, 245; 138, 165, 168; 138, 219, 229; BGHZ 12, 146, 148; 19, 114, 126; 22, 293, 297; 28, 359, 365; 29, 100, 106; 46, 17, 23; BGH NJW 58, 1775; 68, 1279, 1280; 73, 1547, 1548; BayObLG NJW 67, 354

2) Knöpfle, NJW 67, 697 f; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 235 I; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I, S. 64 f; Palandt-Gramm, BGB, 27. Auflage, § 823 Anm. 9; Soergel-Schräder, BGB, § 823 Rdnrn. 457 - 462; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 III 1 a; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 349; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, II. Bd./ 2. Halbb., S. 1034; Herschel, DR 40, 1779;

3) RGZ 79, 85, 91; RG HRR 1928, 632; BGH JZ 51, 46; VersR 56, 190; NJW 68, 1279, 1280; Knöpfle, NJW 67, 697; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 9 b; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8 B II

4) RGZ 59, 236, 237/238; 100, 142, 147; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8 B III; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 349; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 III 1 a; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 235 I 1 b, 2 b; Leonhard, Bes. Schuldrecht, § 309. Würde der Begriff des Schutzgesetzes auch Bestimmungen erfassen, die nur mittelbar Individualinteressen schützen, so wäre die tatbestandlich genaue Fixierung schadensersatzpflichtiger Handlungen in § 823 Abs. 1 BGB überflüssig. Es ließen sich dann nämlich alle Fälle über eine generalklauselartige Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB lösen, weil, abgesehen von reinen Ordnungsvorschriften, jede Norm irgendwie letztlich auch im Individualinteresse besteht.

Das Gesetz muß ferner den Schutz eines anderen "bezwecken". Hierbei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf den Inhalt und den Zweck des Gesetzes, sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt ist.[1] Es ist nicht erforderlich, daß ein Gesetz unmittelbar dem Schutz des Einzelinteresses zu dienen bestimmt ist. Es genügt vielmehr, daß es auch dieses Interesse schützen soll, wenngleich es in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge hat.[2]

Während der BGH nicht auf die Wirkung des Gesetzes, sondern auf den Willen des Gesetzgebers bei Erlaß des Gesetzes abstellt, hat er in dem Urteil vom 12. 3. 1968[3], ohne diese Rechtsansicht verlassen zu wollen, in Wirklichkeit, im Anschluß an Knöpfle[4], auf die Wirkung des Gesetzes und auf den - hypothetischen - Willen eines verständigen Gesetzgebers abgestellt, indem er nämlich annahm, daß ein verständiger Gesetzgeber eine von ihm herbeigeführte günstige Folge für den einzelnen auch - zumindest nebenbei - gewollt habe.

Aus dem Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB ergibt sich aber ein deutlicher, selbst in den Gesetzestext aufgenommener Hinweis darauf, daß der Wille des Gesetzgebers bei Schaffung der als Schutzgesetz in Betracht kommenden Vorschrift maßgebend sein soll.

---

1) RGZ 138, 165, 168; 138, 219, 224; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 235 I 2.
Der Schutz des einzelnen bedeutet dabei, daß sein Interessenbereich nicht nur durch Maßnahmen der Behörden und nach Maßgabe ihrer - möglicherweise überprüfbaren - rechtlichen Beurteilung und ihres Ermessens geschützt sein soll. Dem einzelnen soll vielmehr die Rechtsmacht in die Hand gegeben sein, diesen Bereich unmittelbar, nämlich durch Mittel des Privatrechts, gegen denjenigen zu schützen, der sein Rechtsinteresse beeinträchtigt. Vgl. BGHZ 40, 306, 307; BayObLG NJW 72, 1085, 1086; Raiser, Summum ius, S. 145, 158

2) RGZ 128, 298, 300; BGHZ 22, 293, 297; BGH NJW 68, 1279, 1280; BayObLG NJW 67, 354; Soergel-Zeuner, BGB,10. Aufl., § 823 Rdnr. 334

3) NJW 68, 1279, 1280

4) NJW 67, 697, 698

Auch aus der Entstehungsgeschichte[1] ergibt sich, daß nicht maßgebend sein kann, ob das Gesetz den einzelnen schützt, sondern ob es den Schutz des einzelnen bezweckt. Ein "Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist also eine Rechtsnorm, die gerade dazu dienen soll, den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes gerade diesen Rechtsschutz bezweckte.

II. Disziplin des Rechtsgebiets des Schutzgesetzes

Die Deliktshaftung erfordert auch im Falle des § 823 Abs. 2 BGB ein Verschulden. Dies gilt auch dann, wenn das Schutzgesetz eine entsprechende Voraussetzung nicht enthält. Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf den Verstoß gegen das Schutzgesetz beziehen. Hinsichtlich der sich aus der Tatbestandsverwirklichung ergebenden Folgeschäden ist dagegen ein Verschulden nicht erforderlich[2], es sei denn, daß schon das Schutzgesetz selbst ein solches Verschulden verlangt. Eine Vorhersehbarkeit des schädigenden Erfolges ist daher grundsätzlich nicht vorauszusetzen[3].

---

1) vgl. Planck-Siber, BGB, 4. Aufl., § 823 Anm. A; Staudinger-Engelmann, BGB, 9. Aufl., § 823 Anm. III A

2) RGZ 91, 72, 76; 145, 107, 115; RG HRR 1935, Nr. 171; BGHZ 34, 375, 381; BGH LM Nr. 10 zu § 823 (Bf); BGH VersR 56, 158; NJW 71, 459, 461; Soergel-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 339; Larenz, SchuldR BT, 9. Aufl., § 66 II (S. 436); Deutsch, NJW 66, 705, 707; Festschrift für Wahl, S. 339, 351; Fahrlässigkeit, S. 331 f; Weitnauer, VersR 70, 585, 589; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 35; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 235 III 2.

3) Demgegenüber lassen Eike Schmidt, VersR 70, 395; Hans Stoll, Kausalzusammenhang, S. 21 f, und Fikentscher, Schuldrecht, S. 576 (vgl. auch RGZ 148, 154, 165) den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB erst entstehen, wenn der Verletzungseingriff und der Schadenseintritt vorhergesehen werden konnte. Das Gesetz unterscheidet aber sowohl bei § 823 BGB wie bei den Leistungsstörungen in der Tatbestandsbildung deutlich zwischen Haftungsgrund und Schadensfolge. Als Mittel bedient es sich der Überweisung des Schadens in die Rechtsfolgeanordnung. Auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß der Schaden vom Verschuldensbezug auszunehmen ist. In Entwurf I § 704 Abs. 2 heißt es: "Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines anderen verletzt, so ist er den durch die Verletzung dem anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung des Schadens nicht voraussehbar war"

Es stellt sich weiterhin die Frage, welche Disziplin der Rechtsordnung für den Verschuldensbegriff im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB maßgebend sein soll: das bürgerliche Recht oder der Rechtsbereich, zu dem das Schutzgesetz gehört.

Die Schutznorm wird in ihrer Gestalt, die sie im eigenen Rechtsgebiet erhalten hat, in das Haftungsrecht übernommen. Stellt das Schutzgesetz bestimmte subjektive Voraussetzungen auf, so greift auch die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB nur ein, wenn diese vorliegen. So ist für den Ersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB Vorsatz erforderlich, wenn sich das zugrunde liegende Schutzgesetz nur gegen vorsätzliches Verhalten wendet.[1)]

Auch die Frage, welche Anforderungen an den Vorsatz zu stellen sind, ist nach den für das Schutzgesetz geltenden Regeln zu beantworten, bei einer strafrechtlichen Norm also nach denen des Strafrechts.[2)]

Zu beachten ist lediglich, daß nach § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB die Handlung mindestens als "fahrlässig" (und damit als "schuldhaft") im Sinne des Zivilrechts zu qualifizieren sein muß.[3)] § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt aber nur die Fälle, in denen das Schutzgesetz kein Verschulden voraussetzt. Das Gesetz will dadurch lediglich eine Sicherung zugunsten des Schädigers schaffen, wenn das Schutzgesetz den Grundsatz der Verschuldenshaftung ganz außer acht läßt. Im übrigen soll das Schutzgesetz mit seinem ganzen Inhalt maßgebend sein; denn § 823 Abs. 2 BGB stellt auf den "Inhalt" des (Schutz-) Gesetzes ab und nicht auf zivilistische Begriffe.[4)]

---

1) RGZ 118, 312, 315; 166, 40, 46; BGH NJW 62, 910, 911; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 436; Baumann, AcP 155 (1956), 495, 511; Fikentscher, SchuldR, S. 306; Deutsch, Festschrift für Wahl, S. 339, 350

2) BGH NJW 62, 910, 911; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 62 f; JZ 63, 205

3) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 148 f, 331 f; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 436.
Anders Geilen, JZ 64, 6, der hinsichtlich des Verschuldens allein zivilrechtliche Regeln für maßgelich hält. Für eine zivilrechtliche Beurteilung der Verschuldensfrage auch Esser, SchuldR AT, 3. Aufl., § 37 III 2; Weitnauer, JZ 63, 631; VersR 61, 1057; Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 28 FN 1

4) ähnlich schon Denkschrift zum Entwurf eines BGB, 1896, S. 100

III. Vorschriften aus dem Strafgesetzbuch

1. Bestimmung des Schutzgegenstandes

Aus den Überschriften der Abschnitte 1 bis 7 des zweiten Teils des StGB könnte man folgern, daß geschütztes Rechtsgut dieser Vorschriften die öffentliche Ordnung sei.
Nun bezwecken aber letztlich alle Strafvorschriften irgendwie diesen Schutz, weil sie ja gerade erlassen worden sind, um die unentbehrlichen Grundlagen des menschlichen Zusammenlebens (mit) zu garantieren.[1] Bei einer solchen Betrachtung würde aber der spezifische Schutzzweck der erfaßten Delikte gar nicht konkretisiert und umrissen.
Ein Blick auf die in den Abschnitten unter Strafe gestellten Handlungen im einzelnen ergibt, daß sie jeweils (recht verschiedenartige) konkrete Rechtsgüter[2] schützen, die überwiegend mit der Wahrung des Gemeinschaftsfriedens, also einem engeren und spezifischen Begriff der öffentlichen Ordnung zusammenhängen.[3]

---

1) vgl. oben S. 4 FN 3
2) Baumann, Strafrecht AT, 4. Aufl., § 12 II 3 a; Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., Rdnr. 150 vor § 1; § 2 Rdnr. 38; Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 123
3) Der Rechtsgutbegriff ist umstritten. Abgelehnt wird eine "methodologische" (vgl. z.B. H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 53) oder "formale" (z.B. Baumann, Strafrecht, 3. Aufl., S. 118) Rechtsgutbestimmung, da sie nichts anderes darstelle als die kürzeste Formel für die ratio legis und für die Auslegung unbrauchbar sei. Aber auch der "inhaltserfüllte" Rechtsgutbegriff, den man dem gegenüberstellt, ist tatsächlich einerseits vielfach näher nur aus der ratio legis zu gewinnen, andererseits bisweilen zu abstrakt, um konkrete Auslegungsergebnisse zu ermöglichen. Bei der Bestimmung des geschützten Rechtsguts müssen "formale" und "inhaltsgefüllte" Momente zusammenwirken. Vgl. Mezger, StrafR, 3. Aufl., S. 200; Larenz, Methodenlehre, S. 311/312

2. keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB

a) Landfriedensbruch, § 125 StGB

Von den Verbotstatbeständen des Demonstrationsstrafrechts, die von Demonstranten bei ihrem unternehmensbeeinträchtigenden Verhalten verletzt werden können, kommt zunächst hauptsächlich Landfriedensbruch gemäß § 125 StGB in Betracht.

Der Tatbestand dieser Vorschrift[1] ist dann erfüllt, wenn Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen (§ 125 Abs. 1, 1. Alt.) oder Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit (§ 125 Abs. 1, 2. Alt.) aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden. In einem besonders schweren Fall kann § 125 a StGB gegeben sein.[2]

Diese strafrechtliche Vorschrift wäre zivilrechtlich jedoch nur von Bedeutung, wenn es sich bei ihr um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Nach Zeuner[3] ist § 125 StGB ein solches Schutzgesetz. Er bezieht sich dabei ohne Begründung auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe.[4] In dieser Entscheidung wird aber gerade das Gegenteil vertreten: "§ 125 StGB könne im Gegensatz zu § 227 StGB wohl nicht als Schutzgesetz angesehen werden." Daß diese Auffassung des OLG Karlsruhe zutreffen dürfte, ergibt sich zwar nicht zwingend aus der systematischen Stellung der Norm (2. Teil, 7. Abschnitt: "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung), aber aus dem von ihr

---

1) § 125 StGB ist neugefaßt und § 125 a StGB eingefügt durch das 3. StrRG (BGBl. I S. 505), in Kraft ab 22. 5. 1970

2) Unter "Gewalttätigkeiten" versteht die Rspr. (BGHSt 23, 46, 52/53) und die Rechtswissenschaft (Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 125 Rdnr. 6 a; Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 69 II B 1; Welzel, Strafrecht, § 74 I; Lackner-Maassen, StGB, § 125 Anm. 2 b) ein aggressives Handeln unter Anwendung äußerlicher körperlicher Kraft (enger als der Gewaltbegriff in § 240 StGB). Einen Straftatbestand braucht diese Gewalttätigkeit keineswegs zu erfüllen, ja sie braucht nicht einmal zu einer unmittelbaren Gefährdung für Leib, Leben und Sachen zu führen.

3) Soergel-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 344

4) DR 30, 304

geschützten Rechtsgut. Obwohl der Tatbestand des § 125 StGB Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen erfordert, ist primär geschütztes Rechtsgut dieser Bestimmung der Zustand öffentlicher Ordnung und Ruhe.[1] Ihre Sicherung kommt den einzelnen nur mittelbar zugute. Dieser Individualschutz ist ein bloßer Reflex und nicht in dem für ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB erforderlichen Maße zum Zweck der Norm erhoben.[2]
Eine Haftung für Demonstrationsschäden kann nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 125 StGB geltend gemacht werden.

b) Widerstand gegen die Staatsgewalt, § 113 StGB

Leisten die Demonstranten den zum Schutz des Unternehmens erschienenen Polizeibeamten mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand[3], so kann der Tatbestand des § 113 StGB[4] erfüllt sein.
Damit diese strafrechtliche Vorschrift für eine zivilrechtliche Haftung von Relevanz ist, müßte es sich bei ihr um

---

1) Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn 1962, S. 462; RGSt 9, 143, 144; 36, 174; OGHSt 1, 284, 287; Maurach, StrafR BT, § 69 I A (S. 645); Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., § 125 Rdnr. 1; Schröder, BB 53, 1015, 1017; v. Liszt-Schmidt, StrafR BT, 27. Aufl., S. 799, 801; Tiedemann, JZ 68, 761, 763; Lackner-Maassen, StGB, 4. Aufl., 1967, § 125 Anm. 1; Schwarz-Dreher, StGB, 30. Aufl., § 125 Anm. 1 A; Welzel, StrafR, 10. Aufl., S. 484
2) LG Berlin KritJ 69, 193, 200; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8 B III; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 409.
3) Der tätliche Angriff muß sich unmittelbar gegen den Körper des Beamten richten, ohne daß jedoch "Berührung" notwendig oder auch nur erstrebt sein mußte. Das Merkmal der Gewalt ist im Falle des § 113 StGB (ebenso § 125 StGB) in einem engeren Sinne zu verstehen als bei der Nötigung nach § 240 StGB. Die Gewaltanwendung muß sich mittelbar oder unmittelbar an der Person des Rechtsträgers betätigen. Ein bloßer passiver Ungehorsam gegen den Vollstreckungsakt reicht ebensowenig wie reine Sachgewalt. Vgl. Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., § 113 Rdnr. 10; Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 67 II A 1 b; Schwarz-Dreher, StGB, 30. Aufl., § 113 Anm. 3 A a; Lackner-Maassen, StGB, § 113 Anm. 5 a
4) neugefaßt durch 3. StrRG

ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 StGB handeln. Maßgebend hiefür ist zunächst wiederum das geschützte Rechtsgut.

§ 113 StGB verfolgt einen doppelten Zweck: Geschütztes Rechtsgut des eigentlichen Widerstandes ist die rechtmäßig betätigte staatliche Vollstreckungsgewalt, also der Schutz des Staatswillens. Daneben - wie übrigens die Gleichstellung des tätlichen Angriffs beweist - soll die Person des Vollstreckungsbeamten einen besonderen Schutz genießen.[1] Widerstand gegen die Staatsgewalt, § 113 StGB, kommt als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB also nur für den "Vollstreckungsbeamten" in Betracht, nicht aber gegenüber unternehmensschädigenden Verhalten von Demonstranten.[2]

c) Nötigung des Parlaments oder anderer Verfassungsorgane, § 105 StGB, und Abgeordnetennötigung, § 106 StGB

Im modernen Staat sind Wirtschaft und Politik, Staatsordnung und Wirtschaftsordnung viel zu eng miteinander verflochten, als daß nicht jede ernsthafte Störung des wirtschaftlichen Gefüges eine erhebliche Belastung auch für den Staatsapparat und seine politischen Träger bedeuten könnte. Die durch Demonstrationen verursachte Störung von Unternehmen kann daher auch als Druckmittel zur Durchsetzung politischer Ziele dienen, also zur Nötigung staatlicher Organe oder Organmitglieder, ihre legislativen, exekutiven oder jurisdiktionellen Befugnisse in einem bestimmten Sinne auszuüben. In einem solchen Falle könnten die §§ 105, 106 erfüllt sein.[3]

---

1) RGSt 41, 82, 85; BGH 5 StR 249/55; Schönke-Schröder, 13. Aufl., § 113 Anm. 1, 10; Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 67 I 2 (S. 630); § 67 II A 1 a (S. 631); Brox-Rüthers, Arbeitskampf, § 11 XII 1 a

2) Brox-Rüthers, Arbeitskampf, § 8 B III

3) Ramm, NJW 62, 465, 466; Kampfmaßnahme und Friedenspflicht, Teil II, Kap. 3; Niese, Streik und Strafrecht, S. 90 f; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II. Bd./2. Halbbd., 7. Aufl., S. 1055/1056 (insbes. S. 1055 FN 21); Schröder, BB 53, 1015, 1017; Brox-Rüthers, Arbeitskampf, S. 191 f

Sie bezwecken aber allein den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, der freien Staatswillensbildung und der Abgeordneten, nicht dagegen und auch nicht etwa nebenher oder mittelbar den Schutz der privaten Rechtsgüter Dritter, die durch eine solche Nötigung verletzt werden könnten. Für zivilrechtliche Ansprüche kommen sie also nicht in Frage.[1)]

3. Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB

a) Hausfriedensbruch, § 123 StGB

Dringen Demonstranten gemeinschaftlich[2)] widerrechtlich in befriedetes Besitztum, wozu das umzäunte oder sonstwie abgegrenzte Grundstück des Unternehmens gehört, oder gar in die Räume des Unternehmens selbst ein, oder verweilen sie dort trotz der Aufforderung sich zu entfernen (insbesondere bei einem Sitzstreik - "sit-in"), so ist der Tatbestand des § 123 Abs. 2 StGB, sog. qualifizierter Hausfriedensbruch, erfüllt.

Für eine zivilrechtliche Bedeutung des § 123 StGB ist erforderlich, daß es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt.

Der Hausfriedensbruch eröffnet zwar den 7. Abschnitt des StGB mit den "Vergehen wider die öffentliche Ordnung", geschützt werden aber bestimmte Räumlichkeiten gegen rechtswidriges Eindringen und unbefugtes Verweilen. Schon hieraus ergibt sich, daß es um die ungestörte Sphäre des Berechtigten über diese Räumlichkeiten, also um einen individuellen Schutz geht. Bestätigt wird diese Annahme noch dadurch, daß nach § 123 Abs. 3 StGB die Strafverfolgung von einem

---

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., S. 992, 1056; A. Hueck, Festschrift für Herschel, S. 27, 37; Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten, S. 27, 30; Brox-Rüthers, Arbeitskampf, § 8 B III; Niese, Streik und Strafrecht, S. 52; Bötticher, AcP 158 (1959/60), 385, 387; offengelassen: Sax, NJW 53, 368

2) Die hM versteht unter "gemeinschaftlich" Mittäterschaft iSd § 47 StGB (RGSt 55, 60, 61; Maurach, StrafR BT, § 23 II B 1 b; Welzel, StrafR, § 44 II 1), anders: Schönke-Schröder, § 123 Rdnr. 28, danach reicht auch Täter und Teilnehmer bei gemeinschaftlicher Anwesenheit am Ort aus.

Antrag des Verletzten abhängig ist; das wäre so generell wenig sinnvoll, wenn in erster Linie und direkt öffentlicher Friedensschutz bezweckt wäre.

Zuzustimmen ist der heute allgemein herrschenden Meinung, nach der § 123 StGB speziell das "Hausrecht", d.h. das Recht schützt, innerhalb bestimmter Räume zu bestimmen, wer sich darin aufhalten darf und wer nicht.[1)]

Der Hausfriedensbruch im Sinne des § 123 StGB, der sich also gegen ein ausgesprochen individuelles Recht richtet, ist "Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.[2)]

Werden der Unternehmensinhaber oder seine Arbeitnehmer in der Arbeit beeinträchtigt oder möglicherweise ganz behindert, und ist das nicht das Ergebnis einer Nötigung im Sinne des § 240 StGB, sondern lediglich Folge der psychischen Störung durch die Anwesenheit einer größeren Zahl von Menschen, so ist diese Wirkung in dem gemeinschaftlichen Hausfriedensbruch enthalten und in ihrem Unrechtsgehalt durch § 123 Abs. 2 StGB erfaßt.[3)] Anspruchsgrundlage für den hierdurch entstandenen Schaden ist also § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 123 Abs. 2 StGB.

---

1) Auf die Frage, was eigentlicher Inhalt dieses Hausrechts ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden. Die heute hM sieht im Hausrecht überwiegend ein Recht eigener Art und umschreibt es in vielerlei Formulierungen. Sie bestimmt aber im allgemeinen seinen eigentlichen Inhalt nicht klar und grenzt es überdies wenig deutlich und einheitlich vom Besitz- und Freiheitsschutz ab, zu dem sie eine mehr oder weniger enge Verwandtschaft behauptet. Vgl. dazu Stoiber, Hausfriedensbruch, S. 2[illegible] f; Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 23 I 2 (S. 179/180)

2) Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 344; Brox-Rüthers, Arbeitskampf, § 8 B I; Hueck-Nipperdey, Abeitsrecht, Bd. II/2, S. 1034; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 67 FN 76; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 66 II; Maurach, StrafR BT, § 23 I 1.
Da Art. 13 GG auch einer juristischen Person des bürgerlichen Rechts, selbst einer nicht personalbezogenen (Dagtolou in Bonner Kommentar, Art. 13 Rdnr. 35), den räumlichen Schutzbereich zuerkennt (v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 13 Anm. II 5; Dagtolou in Bonner Kommentar, Art. 13 Rdnr. 34), muß der Schutz des § 123 StGB auch ihr zukommen. Sein Gehalt wird durch den räumlich-gegenständlichen Wirkungskreis der juristischen Person, der vor Störungen geschützt werden soll, ausgedrückt.

3) OLG Stuttgart NJW 69, 1776, 1777

b) schwerer Hausfriedensbruch, § 124 StGB

Schwerer Hausfriedensbruch im Sinne des § 124 StGB ist dann gegeben, wenn die Demonstranten sich öffentlich zusammenrotten und in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Geschäftsräume oder das befriedete Besitztum des Unternehmens eindringen.[1)]

Da bei § 124 StGB das Strafantragserfordernis entfällt, scheinen sich die Grenzen zwischen dem Schutz des Hausrechts und dem Gedanken des Gemeinschaftsfriedens zugunsten des letzteren zu verschieben. Im Falle des § 124 StGB soll aber nicht der Schutz des Hausrechts als Gesetzeszweck entfallen, sondern zusätzlich bestimmte unvergleichlich gefährliche Begehungsweisen beim Hausfriedensbruch, die ihrer-

---

1) Strafrechtliche Konsequenz ist dann, daß jeder wegen seiner Teilnahme an dieser Aktion aus § 124 StGB bestraft wird. Mit diesem Charakter als Massendelikt ist der schwere Hausfriedensbruch dem bis zum 3. StrRG gültigen Landfriedensbruch-Tatbestand vergleichbar, der sich von § 124 StGB dadurch unterschied, daß für ihn die Verübung von Gewalttätigkeiten erforderlich war, dagegen das Eindringen in geschützte Räume entfiel. Der Tatbestand des Landfriedensbruchs ist hinsichtlich der Strafbarkeit dahin geändert worden, daß strafbar nur noch derjenige ist, der sich an den Gewalttätigkeiten als Täter oder Teilnehmer beteiligt. Schröder (Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 124 Rdnr. 1; vgl. auch Baumann/Frosch, JZ 70, 125) befürwortet deshalb eine Auslegung und Anwendung des § 124 StGB im Sinne des geänderten § 125 StGB, so daß nur noch bestraft werden kann, wer bei seinem Eindringen die Absicht hatte, sich an den von der Menge geplanten Gewalttätigkeiten zu beteiligen oder wer sie sich zurechnen lassen muß. Im einzelnen wird das Delikt dadurch gekennzeichnet, daß das Eindringen aus einer Menschenmenge geschieht. Im Sinne der an § 125 StGB orientierten Auslegung ist damit eine Anzahl von Personen gemeint, die so groß ist, daß sich in ihrer Mitte massenpsychologische Erscheinungen unkontrollierter und unkontrollierbarer Reaktionen entwickeln können (Schönke-Schröder, § 125 Rdnr. 8). Sind dagegen die Menge und die geplanten Aktionen straff organisiert, werden die in § 124 StGB angesprochenen Straftatbestände mittäterschaftlich begangen. Die Menschenmenge ist als "Zusammenrottung" anzusehen, wenn sie entweder von Anfang an oder nachdem sie sich gebildet hat, von einem unfriedlichen, feindseligen Willen beherrscht wird. Die in die geschützten Räumlichkeiten eindringende Menge muß nach dem Eindringen noch immer so groß sein, daß aus ihr massenpsychologische Reaktionen entstehen.

seits auch den Gemeinschaftsfrieden berühren, besonders bestraft werden.
Geschützte Rechtsgüter sind sowohl das Hausrecht wie andererseits die öffentliche Sicherheit und Ordnung.[1] § 124 StGB ist also "Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

c) Nötigung, § 240 StGB

Versperren Demonstranten die Straße, um den Zugang zu einem Unternehmen bzw. das Verlassen desselben oder die Weiterfahrt von Verkehrsmitteln, z.B. durch Blockieren von Straßenbahnschienen, zu verhindern oder doch zumindest zu erschweren, so kommt der Straftatbestand der Nötigung gemäß § 240 StGB in Betracht.
§ 240 StGB setzt voraus, daß ein anderer mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt wird.
Das durch § 240 StGB geschützte Rechtsgut ist die Freiheit sowohl der Willensentschließung als auch der Willensbetätigung.[2] Da diese Norm also dem individuellen Schutz dient,

---

1) § 124 und § 125 StGB haben zwar in ihrer Handlungsmodalität eine gewisse Verwandtschaft, in ihrer Handlungsrichtung und ihrem Rechtsgut weisen sie eine tiefe Verschiedenheit auf. Das Rechtsgut des § 124 StGB ist kein anderes als dasjenige des § 123 StGB und es geht nicht an, auf der Grundlage der bloßen Gemeinsamkeit der Angriffsmittel auch den Hausfriedensbruch dem Bereich der gegen die Staatsordnung gerichteten Handlungen zu unterwerfen. Vgl. Maurach, StrafR BT, § 23 I 1 (S. 179); Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 124 Anm. 2; Lackner-Maassen, StGB, 7. Aufl., § 124 Anm. 1; Ule, Streik und Polizei, S. 40
2) Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 240 Rdnr. 1; Vorbem. II 1 und 2 zu §§ 234 ff; Lackner-Maassen, StGB, 7. Aufl., § 24o Anm. 2; Maurach, StrafR BT, § 14 I 2; Langrock, JuS 71, 529, 530; RGSt 48, 346, 347 f; 64, 113, 115. Dagegen nimmt v. Liszt-Schmidt, StrafR BT, 27. Aufl., S. 521 an, daß sich § 240 StGB nur gegen die Freiheit der Willensbetätigung richtet. Heilborn (ZStW 18, 1898, 161, 188) und Knodel (Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, S. 173, 177) unterscheiden streng Gewalt im Sinne von Zwangsgewalt und Gewalttätigkeiten. Geschütztes Rechtsgut bzw. Angriffsobjekt der Zwangsgewalt sei die Freiheit der Selbstbestimmung. Im Gegensatz dazu aber sollen sich Gewalttätigkeiten gegen die körperliche oder sachliche Unversehrtheit richten.

handelt es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.[1)]

Bisher hat sich in der Rechtsprechung und insbesondere in der Rechtswissenschaft noch keine einhellige Meinung dazu gebildet, unter welchen Voraussetzungen bei solchen Aktionen das Verhalten der Demonstranten den Begriff der "Gewalt" bzw. "Drohung mit einem empfindlichen Übel" erfüllt.[2)]

Für das "Nötigungsmittel "Gewalt" kommt bei § 240 StGB sowohl "vis absoluta" als auch "vis compulsiva" in Frage; denn für den Angriff auf das in § 240 StGB geschützte Rechtsgut ist es gleichgültig, ob durch die Gewaltanwendung die Willensbildung und Handlungsfreiheit überhaupt ausgeschlossen wird oder ob dadurch der Wille gebeugt wird und ein Handeln in bestimmter Richtung erzwungen wird.[3)] Ansonsten ist der Begriff der "Gewalt" im Sinne des § 240 StGB umstritten.

aa) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung besteht eine einheitliche, für alle Fälle verbindliche Definition des Gewaltbegriffs nicht.

---

1) v. Caemmerer, Festschrift für F. von Hippel, S. 27, 28; Larenz,SchuldR BT, 8. Aufl. § 66 II (S. 435); Soergel-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 344; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 176; Deutsch, Fahrlässigkeit, § 15 I 2 b; BGH NJW 62, 910

2) Da die Regelung des 3. StrRG sich auf die Delikte gegen den Gemeinschaftsfrieden beschränkt, enthält auch sie keine konkreten Anhaltspunkte für die Beurteilung des Verhaltens von Demonstranten nach § 240 StGB.

3) "Vis absoluta" liegt vor, wenn die Willensbildung oder Willensbetätigung absolut unmöglich gemacht wird. "Vis compulsiva" ist gegeben, wenn in die Freiheit der Willensbildung bzw. -betätigung in der Weise eingegriffen wird, daß dem Opfer bestimmte Motive aufgedrängt werden, damit dessen Entscheidung bei Abwägung der antreibenden und hemmenden Motive in der vom Täter gewünschten Richtung ausfällt. Vgl. RGSt 2, 184, 186; 4, 429, 430 f; BGH VRS 22, 435, 437; Lackner-Maassen, StGB, 7. Aufl., § 240 Anm. 4; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., Rdnrn. 9 und 10 vor § 234; Welzel, StrafR, 11. Aufl., S. 325; Haffke, ZStW 84 (1972), 37, 68, 70

Die ursprünglich überwiegend von der Rechtsprechung gebrauchte Definition lautet:"Gewalt ist die Entfaltung körperlicher Kraft zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes".[1] Es zeigte sich jedoch in der Rechtsprechung die Tendenz, statt auf die körperliche Kraftentfaltung beim Täter auf die körperliche Zwangswirkung beim Opfer abzustellen.[2]

Der BGH hat das Erfordernis der "körperlichen Kraftentfaltung" des Täters ausdrücklich aufgegeben und als alleinentscheidend für den Gewaltbegriff die körperliche Zwangswirkung auf den Genötigten angesehen.[3] Trotz dieses Umschwenkens der neueren Rechtsprechung von der Kraftentfaltung beim Täter auf die Zwangswirkung beim Opfer wird jedoch auch in der heutigen Rechtsprechung[4] die frühere herkömmliche Definition weiter verwandt und die Gewaltanwendung mit der Kraftentfaltung des Täters begründet, wenn das nach dem Sachverhalt gegeben ist.

---

1) RGSt 56, 87, 88; 58, 98, 99; 73, 343, 344; 77, 81, 82; RG JW 38, 789; 30, 3403.

2) So hat RGSt 45, 153, 156/157 - die Täter hatten sich, um die Bestattung eines Selbstmörders in geweihter Erde zu verhindern, auf dem Friedhofsweg zusammengedrängt, um den Sargträgern den Durchgang zu versperren - zwar eine Gewaltanwendung im wesentlichen noch mit der sich durch das Zusammendrängen gegebenen Kraftentfaltung der Täter begründet, dabei aber gleichzeitig ausgesprochen, daß eine auch nur mittelbar gegen die Person gerichtete Einwirkung genüge, sofern diese nicht nur als seelischer, sondern als köperlicher Zwang empfunden werde. Zum Versperren eines Weges vgl. auch RG DJZ 1923, 371; HRR 1942, 192; OLG Dresden DRiZ 1932, Nr. 752

3) So wurde in BGHSt 1, 145, 147 das listige Beibringen eines Betäubungsmittels als Gewalt gegen die Person angesehen. In BGHSt 8, 102, 104 wird allein auf die Zwangswirkung des Vorgehens abgestellt, ohne dem bisher noch festgehaltenen Erfordernis der (zwingenden) körperlichen Einwirkung noch irgendwelche Aufmerksamkeit zu widmen. Die Ausweitung des Gewaltbegriffs erfolgte hier aus rechtspolitischen Gesichtspunkten. Das hat der BGH auch erkennbar werden lassen, wenn er sagt, daß "an die Stelle der Anwendung der Körperkraft als Methode des politischen Umsturzes andere nicht minder wirksame Mittel getreten seien, so daß etwa bei der Aufrechterhaltung des Erfordernisses körperlicher Kraftentfaltung die Vorschrift über den Hochverrat weitgehend entwertet würde."
In BGHSt 19, 263, 265 wurde dichtes Auffahren und Blinken auf der Überholspur als Nötigung mittels Gewalt abgeurteilt, weil dadurch eine Zwangswirkung auf das zum Körper des Genötigten gehörende Nervensystem ausgeübt werde.

4) BGH NJW 62, 356; BayObLG NJW 59, 495

Wiederholt hat die Rechtsprechung eine Nötigung durch Gewalt in den Fällen bejaht, in denen sowohl eine körperliche Kraftentfaltung beim Täter als auch eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer jedenfalls äußerst zweifelhaft ist.[1] Abgestellt wird in diesen Entscheidungen praktisch nur darauf, daß der Genötigte wegen des Hindernisses sich körperlich nicht so bewegen kann, wie er es vorhat. In Wahrheit ist in diesen Fällen die Zwangswirkung beim Opfer nicht körperlicher, sondern seelischer Art.
Ein ausschließliches Abstellen auf die Zwangswirkung, ohne danach zu differenzieren, ob diese körperlicher oder seelischer Art ist, findet sich in Fortführung der bereits in BGHSt 8, 102, 104 enthaltenen Gedanken im sog. Laepple-Urteil.[2] In diesem Urteil wird Nötigung bei Blockierung von Straßenbahngleisen durch einen Sitzstreik damit begründet, daß auch das Inlaufsetzen eines psychisch determinierten Prozesses Gewaltanwendung sei, wenn dieser psychologischen Einwirkung ein gewisses Gewicht zukomme. Es wird hier entscheidend auf das Ausmaß der (hier nur in Betracht kommenden psychischen) Zwangswirkung abgestellt.

---

1) Nach BayObLG NJW 53, 1723 liegt eine Nötigung durch Gewalt vor, wenn ein Fußgänger in die Fahrbahn eines Kraftfahrzeuges tritt, um auf diese Weise den Fahrer zum Anhalten zu zwingen. Vgl. auch BayObLG NJW 70, 1803
Nach BayObLG NJW 63, 824/825 ist Nötigung durch Gewalt gegeben, wenn sich der Täter in eine Parklücke stellt, um diese freizuhalten, und dadurch einem anderen Fahrzeug die Einfahrt in die Parklücke verwehrt.

2) BGHSt 23, 46, 54

bb) Rechtswissenschaft

Auch ein Teil der Rechtswissenschaft[1] vertritt heute einen Gewaltbegriff, der weder auf körperliche Kraftentfaltung beim Täter noch auf körperliche Einwirkung beim Opfer abstellt, sondern schlechthin die Herbeiführung einer Zwangslage mit beliebigen Mitteln als "Gewalt" ansieht.
Dieser Gewaltbegriff führt dazu, daß eine sich nur psychologisch auswirkende Sacheinwirkung ebenfalls den Nötigungstatbestand erfüllt. Die durch diesen weiten Gewaltbegriff erfolgende Ausweitung des Tatbestandes des § 240 StGB wird von den Vertretern dieser Meinung nicht verkannt. Die notwendige Einschränkung sei jedoch über das Regulativ des § 240 Abs. 2 StGB (Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation) gegeben.[2]

---

1) Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 14 II A 1 a: "Gewalt im Sinne des § 240 StGB ist jeder Einsatz von Mitteln, der darauf gerichtet und dazu geeignet ist, die Willensentschließungs- oder Willensbetätigungsfreiheit des Opfers auszuschließen; dabei ist es gleichgültig, ob dies durch Personen- oder Sachgewalt erreicht wird, und ob die auf Sachen beschränkte Gewalt sich physisch auswirkt oder nicht. Aus dem gleichen Grunde kann auch die Nichtvornahme einer gebotenen Handlung eine Gewaltanwendung darstellen".
Den weitesten Gewaltbegriff vertritt Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, S. 59: "Gewalt ist jedes Vorgehen, das bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder als bevorstehend erwarteten Widerstand des zu Nötigenden dadurch zu überwinden, daß ihm ohne sein Einverständnis die Willensbildung oder Willensbetätigung unmöglich gemacht wird (vis absoluta), oder daß ihm durch gegenwärtige Zufügung empfindlicher Übel die Freiheit der Willensentschließung genommen wird".
Vgl. auch Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., Rdnrn. 6 ff vor § 234; Ott, NJW 69, 454, 457; Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 116

2) Tiedemann, JZ 69, 717, 720: ... "bei § 240 StGB ... bedarf es daher überhaupt der Fragestellung, ob die sog. passive Gewalt generell Gewalt im Sinne des Gesetzes ist, nicht. Das zu bestreiten scheint mir für die Auslegung des § 240 StGB angesichts der verfestigten Judikatur wenig erfolgsversprechend zu sein, so daß insoweit nur nach einer Rechtfertigung des tatbestandsmäßigen Tuns gefragt werden kann".

cc) Stellungnahme

Der von Maurach, Knodel und Schröder vertretene weite Gewaltbegriff ist nicht haltbar. Verzichtet man sowohl auf eine Kraftentfaltung beim Täter als auch auf eine körperliche Einwirkung beim Opfer, dann bleibt überhaupt nichts mehr übrig, was irgendwie noch einen Anklang an das hat, was man unter "Gewalt" im Sprachgebrauch versteht. Die Grenzen einer noch zulässigen Auslegung liegen aber dort, wo die äußersten Grenzen möglicher Wortbedeutung liegen.[1] Durch den weiten Gewaltbegriff wird außerdem der ohnehin "offene" Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB ins Uferlose erweitert. Praktisch hieße dann der § 240 Abs. 1 StGB: "Wer durch irgendeine Handlung die Willensentschließung und -betätigung eines anderen beeinflußt."[2]

Den Tatbeständen, die die Freiheit der Willensbildung und -betätigung schützen ist zwar ein Handeln gegen den Willen wesentlich, aber das Gesetz schützt diese Freiheit nicht allgemein, vielmehr nur gegen Beeinflussung durch Gewalt und ganz bestimmte schwere Formen der seelischen Einwirkung, die unter den Begriff der Drohung fallen. Ein weit gefaßter Gewaltbegriff verwischt die Grenzen zwischen Gewalt und Drohung.[3]
Nach psychologischer Erkenntnis ergibt sich bei der Gewalt die Zwangswirkung aus dem bereits zugefügten Übel. Der Täter

---

1) Baumann, StrafR AT, 4. Aufl., § 13 I 3 (S. 137); Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., § 2 Rdnr. 31; Larenz, Methodenlehre, S. 304; Esser, Grundsatz und Norm, S. 178; BGHSt 3, 300, 303; BGHSt 10, 157, 160

2) Besonders bedenklich ist eine solche Auslegung, wenn sie im Rahmen des § 240 StGB mit der Auffassung verbunden wird, die Gewaltanwendung sei praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung und nur ausnahmsweise könnten besondere Umstände das Verwerflichkeitsurteil ausschließen. So BGH NJW 69, 1770, 1772 - Laepple-Urteil

3) RGSt 64, 113, 117; Sax, Anm. zu BGH AP Nr. 1 zu § 80 StGB; Stoiber, Hausfriedensbruch, S. 86; Haffke, ZStW 84 (1972), 37, 68; Busse, Nötigung im Straßenverkehr, S. 111, 113; Blei, JA 70, StR S. 21, 22

hat also einen abgeschlossenen Tatbestand geschaffen, der dem Opfer praktisch keine andere Wahl läßt, als sich entsprechend der Vorstellung des Nötigenden zu verhalten.[1)]

Demgegenüber besteht das Charakteristische der Drohung darin, Furcht auszulösen, welche den Betroffenen in einen Widerstreit der Motive bringt und ihn zu der vom Drohenden gewollten Entscheidung drängt. Dem Opfer bleibt aber noch die Wahl, entweder das Übel (weiter) zu ertragen oder sich dem Willen des Nötigenden zu beugen. Die Angst darf dabei nicht getrennt betrachtet werden, sondern es müssen alle typischen Begleiterscheinungen einbezogen werden. Denn die Furcht wirkt als solche nie auf das Opfer motivierend, sondern gerade dadurch, daß sie es in einen inneren Widerstreit, in eine beklemmende innere Zwangssituation bringt, es also vor die Entscheidung zwischen Nachgeben und Beharren stellt und damit in der weiteren Konsequenz Unruhe, Nervosität, Unsicherheit oder gar pathologische Angstzustände oder Angstpsychosen auslöst. Alle diese Folgeerscheinungen der Furcht vor dem bevorstehenden Übel werden von dem Nötigungsmittel der Drohung mit umfaßt. Bei der Gewalt können sie daher nicht auf dem Umwege über das Merkmal der körperlichen Einwirkung noch einmal zu deren Begründung herangezogen werden.[2)]

In vielen von der Rechtsprechung und einem Teil der Rechtswissenschaft als vis compulsiva angesehenen Fällen kommt daher zuerst das Nötigungsmittel der Drohung in Betracht und erst in zweiter Linie kann Gewalt vorliegen.[3)]

Für die Gewalt bleibt also nur, was nicht Drohung ist, aber auch alles zur Nötigung Taugliche, das die Drohungseigen-

---

1) Busse, Nötigung im Straßenverkehr, S. 117; Koffka, JR 64, 39; Geilen, Festschrift für H. Mayer, S. 445, 464
2) Busse, Nötigung im Straßenverkehr, S.112, 115 f
3) Es ist daher methodisch verfehlt, in diesen als vis compulsiva angesehenen Fällen zunächst Gewalt zu prüfen (vgl. Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., Rdnrn. 11, 12 vor § 234). Erst recht ist es ein Fehler, wenn vis absoluta erörtert und bejaht wird und die Frage dahingestellt bleibt, ob auch Drohung vorliege (so aber BGHSt 19, 263, 267; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 187; Niese, Streik und Strafrecht, S. 155).

schaft nicht besitzt.[1] Diese Anschauung darf aber nicht dazu verleiten, die Möglichkeit einer Gewalt durch vis compulsiva schlechthin zu verneinen.

Ferner hat mit Recht zuletzt auch Geilen[2] darauf hingewiesen, daß bei einer weiten Auslegung des Gewaltbegriffs gegen den Grundsatz der Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes verstoßen wird. Durch dieses Erfordernis soll gerade verhindert werden, daß die Entscheidung über Strafbarkeit oder Straflosigkeit im Ergebnis nicht subjektiver richterlicher Willkür überantwortet wird.

Die Erweiterung des Gewaltbegriffs ist daher auch im Schrifttum[3] in jüngster Zeit zunehmend kritisiert worden. Es wird - jedenfalls der theoretischen Konzeption nach - wieder auf das Merkmal der körperlichen Zwangseinwirkung abgestellt. Am zutreffendsten erscheint daher die Gewaltdefinition von Hermann Blei[4]: "Gewalt ist die Einwirkung auf den Körper einer Person, die geeignet oder bestimmt ist, die Freiheit der Willensbildung oder -betätigung aufzuheben oder zu beeinträchtigen." Dabei genügt auch eine mittelbare Einwir-

---

1) so schon Binding, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, BT, Bd. I, 2. Aufl., S. 83

2) Festschrift für H. Mayer, S. 445, 456, 465; so auch H. Mayer, MDR 52, 394; JZ 53, 105; StrafR AT, S. 35; Welzel, StrafR, 11. Aufl., S. 327; Schaffstein, ZStW 72, 376, 377; Hirsch, ZStW 74, 123, 124; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 103 Rdnr. 107; BVerfGE 14, 245, 251; BVerfG NJW 69, 1759

3) Busse, Nötigung im Straßenverkehr, S. 100 f; Schwalm in Leipziger Kommentar zum StGB, 9. Aufl., § 105 Rdnrn. 9 f; Welzel, StrafR, 11. Aufl., § 43 I 1 a; Kohlrausch-Lange, StGB, § 240 Anm. III; Mezger-Blei, StrafR BT, 9. Aufl., S. 55 f; Haffke, ZStW 84, 37, 48 f; Stöcker, JZ 69, 396; Tiedemann, JZ 68, 761, 766; Koffka, JR 64, 39; Hust, Die Polizei 70, 118, 120; Baumann, StrafR, 4. Aufl., S. 443 (anders Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 116); Schwarz-Dreher, StGB, Anm. I A a zu § 240; Geerds, Einzelner und Staatsgewalt, S. 31

4) NJW 54, 583, 586; JA 70, StR S. 22

kung (Einwirkung auf Sachen, wenn sie sich körperlich gegenüber dem zu Nötigenden auswirkt, sowie Gewalt gegen dritte Personen, wenn sie sich psychologisch gegen den zu Nötigenden auswirkt).

dd) Demonstrationsaktionen als Nötigungen im Sinne des § 240 StGB

Für die verschiedenen Demonstrationsaktionen ergibt sich daher:

Bilden Demonstranten vor den Eingängen von Unternehmen sog. Ketten und hindern sie Unternehmensangehörige oder sonstige Personen (z.B. Lieferanten, Kunden, Besucher usw.) am Betreten oder Verlassen, indem sie auf diese bei deren Versuch, diese Sperre zu durchdringen, tätlich einwirken, so ist Gewalt in Form der vis absoluta ebenso gegeben, wie wenn Fahrzeugführern der Weg dadurch blockiert ist, daß auf Grund von Barrikaden ein Passieren absolut unmöglich ist, und zumindest ein Teil der Demonstranten der Beseitigung der Barrikaden Widerstand entgegensetzen würde.[1)]

Ballen sich Demonstranten vor den Eingängen zusammen, bilden sie aber keine geschlossene Kette, sondern verbleibt eine deutlich erkennbare Gasse zum Passieren, drohen sie jedoch ernsthaft mit tätlichen Auseinandersetzungen (Körperverletzung, Sachbeschädigung) ausdrücklich, oder ergibt sich ein solcher Wille aus dem gesamten Verhalten, handelt es sich also nicht um eine Beschränkung auf rein propagandistische Maßnahmen, so handelt es sich nicht um Gewalt, sondern um Drohung mit einem empfindlichen Übel.[2)]

---

1) Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 187; Schröder, BB 53, 1015, 1018; Schneider, JR 72, 465, 466; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 1032/1033; Heinitz, JR 56, 3, 4

2) Schröder, BB 53, 1015, 1018; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 187; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, Köln 1954, S. 54; Niese, Streik und Strafrecht, S. 155; BayOb NJW 55, 1806 "Der Arbeitswillige muß aber einen gefahrlosen, d. h. genügend breiten und leicht erkennbaren Weg zur Arbeitsstätte benutzen können. Wo die Ansammlung von Streikposten und Streikenden nur eine furchterregende Gasse läßt und zum Spießrutenlaufen ausarten würde, ..."

Eine besondere Rolle auch bei Demonstrationen gegen Unternehmen spielt der sog. "reine Sitzstreik", "sit-down",[1] bei dem die Demonstranten den Weg dadurch versperren, daß sie sich einfach auf der Straße niedersetzen. Sie verhalten sich dabei aber völlig passiv, stemmen sich also nicht körperlich gegen andere an, sondern lassen sich gegebenenfalls widerstandslos wegtragen.

Erfolgt diese Aktion derart, daß einem Kraftfahrzeugfürer jegliche Ausweichmöglichkeit genommen ist, so ist ihm zwar die Verwirklichung seines an sich vorhandenen Willens zum Weiterfahren nicht absolut unmöglich gemacht, denn er könnte ja die Demonstranten an- oder überfahren und sich so "freie Bahn" verschaffen. Das blockierende Verhalten der Demonstranten wirkt aber derart motivierend, daß er nicht weiterfahren wird, denn das Körperverletzungs- und Tötungsverbot zwingt ihn zur unbedingten Rücksichtnahme auf deren Leib und Leben. Es besteht also für ihn ein unwiderstehlicher Zwang.

In einem solchen Fall liegt Gewalt in Form der vis absoluta vor, da hier die motivierende Wirkung von bereits vorhandenen Faktoren ausgeht.[2]

---

1) Fälschlich wird hier immer von einem "sit-in" gesprochen (z. B. Janknecht, GA 1969, 33). "Sit-in" ist die Sitz-Hinein-Demonstration, d. h. ursprünglich das demonstrative Besetzen von für Weiße reservierte Restaurants durch Farbige.

2) BGH NJW 69, 1770, 1772; Busse, Nötigung im Straßenverkehr, S. 103, 106, 119; Hust, Die Polizei 1970, 118, 120; Petters-Preisendanz, StGB, 26. Aufl., Berlin 1970, § 240 Anm. 3 a; BayObLG NJW 70, 1803, 1804;
abzulehnen ist daher die Ansicht von: Ott, NJW 69, 2023 (anders: NJW 69, 454, 457); Stöcker, JZ 69, 396; Heinitz in: Demonstrationsfreiheit, Strafrecht und Staatsgewalt, Informationstagung veranstaltet vom Deutschen Richterbund, Frankfurt 1968, S. 26; Klug, in: Demonstrationsfreiheit, Strafrecht und Staatsgewalt, aaO., S. 27 f

Es mag verwundern, daß ein solches Demonstrationsverhalten überhaupt als Gewalt iSd § 240 Abs. 1 StGB gewertet werden kann, da ja bekanntlich der "Sitzprotest" als eine besonders typische Form der u.a. auf Gandhi zurückgehenden gewaltfreien politischen Aktion gilt (vgl. Ebert, Gewaltfreier Aufstand, 1968, S. 26; Stöcker, JZ 69, 396; Ott, NJW 69, 454, 457; Vorgänge 1969, 279, 284). An diesem Beispiel zeigt sich aber besonders deutlich, wie weit der rechtliche und der politische Gewaltbegriff auseinanderfallen können.

Versperren Demonstranten durch einen Sitzstreik lediglich Fußgängern (z. B. potentiellen Kunden, Unternehmensangehörigen usw.) den Weg, ohne daß sie sich körperlich gegen diese anstemmen oder sonst irgendeine drohende Haltung einnehmen, so werden die Fußgänger zwar in ihrer Bewegungsfreiheit behindert, es handelt sich aber weder um eine Drohung mit einem empfindlichen Übel noch wird ein körperlich wirkender Zwang gegenüber den Betroffenen ausgeübt.
Die Freiheit der Willensbetätigung, sich in eine bestimmte Richtung fortbewegen zu können, wird zwar beeinträchtigt, aber nicht durch die strafrechtlich nur relevanten Mittel der Gewalt und der Drohung mit einem empfindlichen Übel.[1)]

Diese Art von Demonstrationsaktion, die unterhalb der Strafbarkeitsgrenze verbleibende Handlungen beim bloßen Sitzstreik gegenüber Passanten umfaßt, stellt einen Fall der "schlicht" rechtswidrigen Handlung dar.[2)] Dieser denkbare Bereich schlicht rechtswidriger Handlungen bildet das polizeirechtlich relevante Übergangsstadium von rechtmäßigen zu strafbaren Handlungen.[3)] Zivilrechtlich kann er Anknüpfungspunkt für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche sein.[4)]

Auch ein nicht unternehmensblockierendes Verhalten von Demonstranten erschöpft sich in der Regel nicht nur in einem bloßen Aufstellen vor den Unternehmenszugängen, sondern es erfolgt unter mündlichem Zureden, Verteilen von Handzetteln

---

1) anderer Ansicht: Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 116, die bei vollständiger Besetzung der einzigen Zugangstreppe (passive) Gewalt annehmen. OLG Köln, NJW 68, 1892, nimmt an, das Blockieren eines Weges sei nur dann strafbare Nötigung, wenn durch das Sperrmanöver eine konkrete Gefahr einer Körperverletzung oder einer Sachbeschädigung entstehe. Vgl. auch Eb. Schmidt, JZ 69, 395, 396; Ule, Streik und Polizei, S. 35.
Das in diesem Zusammenhang (vgl. BGH NJW 69, 1770, 1772; BayObLG NJW 70, 1803, 1804) immer wieder zitierte Urteil des RGSt 45, 153 f handelt gar nicht von einem Sitzstreik. Unhaltbar ist in diesem Zusammenhang die Auffassung, beim Versperren der Eingänge würde Gewalt gegen das Gebäude selbst verübt, weil es nicht mehr bestimmungsgemäß genutzt werden können. Vgl. OLG Celle, NJW 70, 206; dagegen mit Recht Kreuzer, NJW 70, 670
2) Rechtswidrigkeit sei hier unterstellt. Zur schlicht rechtswidrigen Handlung s. oben S. 4 FN 3
3) Helfritz, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 549, 551
4) Larenz, SchuldR AT, 1. Aufl., § 6 I (S. 71)

und Flugblättern, Mitführen von Plakaten, Schildern und Spruchbändern.

Von diesen Handlungen sind das Mitführen von Plakaten, Schildern und Spruchbändern sowie das bloße Aufstellen vor den Unternehmenseingängen hinsichtlich einer Nötigung irrelevant; denn die Demonstranten beschränken sich auf die schriftliche Kundgabe ihrer Meinung[1] und belassen die Initiative bei dem, der ihre Meinung wahrnimmt, ob er sich mit ihr auseinandersetzen will oder nicht.

Über diese nur passive Form der Einwirkung gehen das Verteilen von Handzetteln und Flugblättern sowie das mündliche Zureden hinaus. Bei beiden Einwirkungshandlungen wird darauf abgezielt, daß der Adressat in seiner Bewegung innehält. Einmal wird ihm etwas in die Hand gedrückt, das andere Mal wird er dazu veranlaßt, Gehörtes in sich aufzunehmen. Trotz der Anlage der Einwirkungsmittel auf Beschränkungen der individuellen Bewegung sind sie in einem gewissen Rahmen hinzunehmen.[2]

Die Anwendung von Zwang, damit Dritte die demonstrierte Meinung übernehmen, ist nicht erlaubt. Zulässig ist das bloße Ansprechen als Aufforderung zum Eintritt in eine Diskussion. Gegenüber einer stärkeren Einwirkung, z.B. dem körperlichen Festhalten, um zwangsweise eine Aussprache herbeizuführen, setzt schon das Verbot des körperlichen Zwanges eine klare und äußerlich auch feststellbare Grenze. Beim Zutreten auf den Dritten sind zwar psychologische Mittel unterschiedlichster Art möglich. Sie können sich aber nur auf der Grundlage des einfachen Ansprechens auswirken. Die Beeinflussung durch Demonstranten darf also nicht über die Eröffnung eines Gesprächs hinausgehen. Der Schutzbereich des Dritten wird also nicht gestört, wenn er sich durch bloßes Abwinken vor der Annahme eines Handzettels oder weiterem Zureden bewahren kann.[2]

---

1) Der Bereich, in dem Meinungsäußerungen allein wegen ihres Inhalts rechtsgutverletzend wirken, soll nicht Gegenstand der Arbeit sein.

2) s. unten S. 260 f

ee) Nötigung Dritter

Kettenbilden usw. ist aber nicht nur eine Nötigung gegenüber den Personen, die das Unternehmen betreten oder verlassen wollen, sondern auch gegenüber dem Unternehmer persönlich, der ja das eigentliche Ziel der Aktion ist.

Die Nötigungshandlung richtet sich zwar unmittelbar gegen die o.a. Personen, wirkt sich mittelbar aber auch als Nötigungshandlung gegenüber dem Unternehmer aus. Denn wer diese Personen in ihrer Bewegungsfreiheit gegenüber dem Unternehmen behindert, versucht dadurch einen Druck auf den Unternehmer auszuüben. Daher liegt eine Nötigung gegenüber dem Unternehmer z.B. darin, daß Demonstranten den An- und Abtransport von Rohstoffen und Waren verhindern und damit die Produktion bzw. den Absatz beeinträchtigen oder lahmlegen.

§ 240 StGB setzt nämlich nicht voraus, daß die Nötigungshandlung sich unmittelbar gegen den zu Nötigenden richtet. Das gilt nicht nur, soweit die Nötigungshandlung sich gegen Personen der "Sympathie"[1] richtet, sondern auch insoweit, als das unmittelbar erzwungene Verhalten sich als ein die Entschlüsse beeinflussender Nachteil eines anderen darstellt.[2] Eine und dieselbe Nötigungshandlung beeinflußt daher sowohl den Willen der unmittelbar Betroffenen als auch den des Unternehmers als mittelbar Betroffenen.

In einem solchen Fall ist der Unternehmer also auch "Verletzter" im Sinne des § 240 StGB und damit Ersatzberechtigter aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB.

---

1) BayObLG JZ 52, 237; Blei, JA 70, StR S. 22, 39; Knodel, Der Gewaltbegriff im Strafrecht, S. 111 f; Lackner-Maassen, StGB, 7. Aufl., § 240 Anm. 4 b; Dreher, StGB, 31. Aufl., § 240 Anm. 1 A a

2) RGSt 17, 82, 83; 56, 225, 226; BGHSt 16, 316, 318; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 240 Rdnrn. 6, 10, Rdnr. 16 vor § 234; Schröder, BB 53, 1015, 1018; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 1055/1056; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 185; Ule, Streik und Polizei, S. 39; Niese, Streik und Strafrecht, S. 153

ff) keine Nötigung der juristischen Person als solche

Der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB besteht aber nicht bei allen unternehmensschädigenden Nötigungen durch Demonstranten, weil weder Unternehmen noch ein Unternehmen tragende juristische Personen oder Personengesellschaften als solche genötigt werden können.[1)]

Objekt einer Nötigung können nur natürliche Personen oder Gruppen von solchen sein, also nur Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmer oder Inhaber eines Unternehmens.

Da § 240 StGB Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nur in bezug auf Rechtsgüter der genötigten Person sein kann[2)], können daher auf Grund dieser Bestimmung allenfalls persönlich genötigte Allein- oder Mitinhaber eines Unternehmens Ersatz für daraus ihrem Betrieb entstandene Schäden verlangen.

---

1) Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 410; Uhlitz, NJW 68, 2097, 2098; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 422.
Im Gegensatz zur Rechtslage beim Individuum und Staat fehlen grundsätzlich Vorschriften, die sich konkret mit dem Schutz der Willensbildung und -betätigung von juristischen Personen befassen. Dieser Umstand beruht darauf, daß die bisherige Rechtslehre grundsätzlich die juristische Person nicht als etwas qualitativ anderes aufgefaßt, sondern vom Individuum her entwickelt hat (vgl. Staudinger-Brändel, Einl. vor § 1 Rdnr. 22). Der Schutz der Freiheit der individuellen Willensbildung und -betätigung ist daher generell als für den Schutz der Freiheit der Willensbildung und -betätigung der juristischen Person ausreichend angesehen worden.
Unter bestimmten, engen Voraussetzungen wird zwar die Beleidigungsfähigkeit einer juristischen Person anerkannt (vgl. RGSt 70, 140, 141; RG JW 34, 2072; DR 40, 1827, 2059 mit Anm. Mezger; BGHSt 6, 186, 191; RGZ 95, 339; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., Rdnr. 4 vor § 185; Bruns, NJW 55, 689 f), aber hier steht nicht der Schutz der juristischen Person als solcher im Vordergrund, sondern der der einzelnen Mitglieder.
2) vgl. oben S. 17 ff

d) Sachbeschädigung, §§ 303 ff StGB

aa) einfache Sachbeschädigung, § 303 StGB

Beschädigen oder zerstören Demonstranten Sachen, die im Eigentum des Unternehmens stehen, so ist bei vorsätzlichem Handeln[1] der Tatbestand der Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB gegeben. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Unter § 303 StGB fällt nicht nur eine Substanzzerstörung, d.h. eine so wesentliche Beschädigung der Sache, daß sie für ihren Zweck völlig unbrauchbar wird, wie z.B. Einwerfen und Einschlagen von Fensterscheiben, Demolieren von Inneneinrichtungen, Fahrzeugen, Maschinen usw., sondern auch eine derartige Einwirkung auf die Sache, daß dadurch ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur geringfügig beeinträchtigt wird[2], wie z.B. Ausbauen eines Teils aus einem Fahrzeug[3] oder das Einfügen eines Fremdkörpers, damit das Fahrzeug nicht mehr funktionsfähig ist.[4] Auch das Bemalen oder Bekleben eines Gebäudes mit Demonstrationsparolen stellt eine Sachbeschädigung dar.[5]

bb) Beschädigung öffentlicher Sachen, § 304 StGB

Beschädigen Demonstranten Sachen, an denen ein öffentliches Interesse besteht, so ist der Tatbestand des § 304 StGB erfüllt.

---

1) Bei § 303 StGB muß der Täter die Beschädigung der Sache und deren Fremdheit wissen und wollen. Eine nur fahrlässige Sachbeschädigung macht zwar zivilrechtlich schadensersatzplichtig (§ 823 Abs. 1 BGB), ist aber nicht strafbar.
2) RGSt 74, 13, 14; BGHSt 13, 207, 208; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 303 Rdnr. 8; Mezger-Blei, StrafR, 9. Aufl., § 55 I 2
3) RGSt 39, 223, 224
4) RGSt 20, 182, 183; RG JW 22, 712 mit Anm. Oetker
5) RGSt 43, 204, 205; RG HRR 1936 Nr. 853; hans. OLG Hamburg JZ 51, 727, 728; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 303 Rdnr. 9; Schwarz-Dreher, StGB, § 303 Anm. 2 A a

Als "dem öffentlichen Nutzen" dienende Gegenstände[1] kommen bei Demonstrationsaktionen gegenüber Unternehmen z.B. in Betracht: Einrichtungen eines öffentlichen Versorgungsunternehmens[2], Wagen einer Straßen- oder Eisenbahn[3].

§ 304 ist aber kein qualifizierter Fall des § 303 StGB, sondern ein eigenständiges Delikt, das sich gegen die Interessen der Allgemeinheit richtet. Das Merkmal des Individualeigentums an der Sache tritt völlig zurück, das Merkmal des Gemeininteresses an der Nutzung entscheidet.[4] Die gemeinschädliche Sachbeschädigung ist daher zumindest kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des Eigentümers an der Sache. Sein Interesse wird hinreichend durch § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 303 StGB und § 823 Abs. 1 BGB gewahrt.

cc) Zerstörung von Bauwerken, § 305 StGB

Einen qualifizierten Fall der Sachbeschädigung gemäß § 305 StGB begehen Demonstranten, wenn sie vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude[5], ein Schiff[6], eine gebaute Straße, eine Eisenbahn[7] oder ein anderes Bauwerk, wozu alle baulichen Anlagen rechnen[8], zerstören.
Erforderlich ist aber im Gegensatz zu § 303 und § 304 StGB ein (gänzliches oder teilweises) Zerstören.[9] Eine Beschädigung reicht nicht aus.

---

1) Ein Gegenstand, der nicht im öffentlichen Eigentum stehen muß, dient dem "öffentlichen Nutzen", wenn er nach seiner gegenwärtigen Zweckbestimmung der Allgemeinheit zugute kommt (RGSt 66, 203, 204; BGHSt 10, 285, 286). Es steht auch nicht entgegen, daß die Sache noch anderen Zwecken dient, z.B. dem Gewerbe ihres Eigentümers (RGSt 5, 318) und daß an ihre Benutzung seitens des Publikums eine Gegenleistung geknüpft ist (Schönke-Schröder, § 304 Rdnr. 5)
2) RG JW 22, 712
3) RGSt 34, 1; auch deren Fensterscheiben. BGH 1 StR 191/52 bei Dallinger, MDR 52, 532
4) Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., § 304 Rdnr. 1; Maurach, StrafR BT, 5. Aufl., § 25 I 3 1; § 25 II C 1 (S. 193)
5) auch ein Rohbau oder ein teilweise zerstörtes Gebäude können Objekte des § 305 StGB sein, vgl. BGHSt 6, 105
6) wie sich aus der schweren Strafandrohung und der Parallele zu den anderen Schutzobjekten ergibt, wird nur ein größeres Schiff von § 305 StGB erfaßt, Maurach, StrafR BT, § 25 II B 1 (S. 193)
7) hierunter fallen nur der Bahnkörper mit den Schienen, nicht aber die Wagen und Lokomotiven, RGSt 56, 169
8) BGH NJW 54, 1335 9) OGHSt 3, 38

dd) einfache Brandstiftung, § 308 Abs. 1 StGB

Als weiterer Spezialfall der Sachbeschädigung kommt die einfache Brandstiftung nach § 308 Abs. 1 StGB durch Inbrandsetzen von Sachen, insbesondere Gebäuden und Fahrzeugen des Unternehmens in Betracht.

IV. Vorschriften des Versammlungsgesetzes

Wird eine Demonstration unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Versammlungsgesetzes - Verletzung der Anmeldefrist (§ 14 Abs. 1); Durchführung trotz Verbots oder Nichtbeachtung der Auflagen oder in einer wesentlich anderen Weise als angemeldet (§ 15 Abs. 1, § 14 Abs. 2); Fortsetzung trotz Auflösung oder Unterbrechung durch die Polizei (§ 15 Abs. 2) - durchgeführt, so können sich Leiter und Teilnehmer gemäß §§ 25 ff Versammlungsgesetz strafbar machen.
Die Vorschriften des Versammlungsgesetzes sind aber keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, da sie nicht den Schutz des einzelnen, sondern die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezwecken.[1)]

V. Vorschriften des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) und der Straßenverkehrsordnung (StVO)

Die Demonstranten sind auch als Fußgänger Verkehrsteilnehmer im Sinne des StVG und der StVO.[2)]
Für sie gilt ebenso das Gebot der Gemeinverträglichkeit des § 1 Abs. 2 StVO, d.h. sie haben sich so zu verhalten, daß kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den

---

1) LG Berlin KritJ 69, 193, 198

2) Verkehrsteilnehmer ist, wer öffentliche Wege im Rahmen des Gemeingebrauchs benutzt. Vgl. Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., § 1 StVO Anm. 3; KG VM 56, 26

Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird.

Benutzen Demonstranten nicht den Gehweg (§ 25 Abs. 1 StVO) oder wird die Demonstration auf der Straße ohne Erlaubnis[1] durchgeführt (§ 29 Abs. 2 Satz 1 StVO) oder sorgt der Leiter entgegen § 29 Abs. 2 Satz 3 StVO nicht dafür, daß die in Betracht kommenden Verkehrsvorschriften oder Auflagen befolgt werden, so stellt dies Verhalten eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 24 StVG in Verbindung mit § 49 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 49 Abs. 1 Nr. 24 a bzw. § 49 Abs. 2 Nr. 6 StVO dar.

Die Bestimmungen des Straßenverkehrsrechts haben weitgehend eine reine Ordnungsfunktion. Diese Ordnung ist aber nicht um ihrer selbst willen errichtet, sondern die Vorschriften sowohl des StVG[2] als auch der StVO[3] wollen grundsätzlich Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer und ihre Sachgüter schützen. Auch die bei einer Verletzung dieser Rechtsgüter entstandenen Vermögensschäden, soweit sie im Schutzbereich

---

1) Öffentliche Versammlungen und Aufmärsche im Freien nach §§ 14 - 16 Versammlungsgesetz bedürfen keiner Genehmigung nach § 29 StVO. Vgl. Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., § 29 StVO Anm. 2
Das Verhältnis des Versammlungsgesetzes zu den Sondernutzungen ist nicht geregelt. Da Versammlungen unter freiem Himmel in aller Regel auf öffentlichen Straßen stattfinden und da sich aus §§ 14 ff VersammlG ergibt, daß insoweit keine Erlaubnis, sondern nur eine Anmeldung erforderlich ist, ist anzunehmen, daß für Versammlungen eine Sondernutzungserlaubnis nicht erforderlich ist.
Wimmer, MDR 64, 280, ist der Ansicht, die Straßenverkehrsgesetze seien insoweit verfassungswidrig. Jedoch wird man eine Verfassungswidrigkeit der Straßenverkehrsgesetze vermeiden können, indem man entweder die Bestimmungen über Sondernutzungen durch verfassungskonforme Auslegung einengt oder das Versammlungsgesetz als Spezialregelung ansieht und die hinter diese Spezialregelung zurücktretenden Straßenverkehrsgesetze nicht anwendet.

2) RG Recht 25, 691; BGHZ 23, 90, 97; LG Berlin VersR 72, 548; Müller, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl., Bd. I, Rdnrn. 30, 31 zu § 16 StVG; Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl., § 1 StVG Rdnr. 13; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 7; R. Schmidt, NJW 58, 488 (gegen Bettermann, NJW 57, 986, 987)

3) BGH NJW 71, 459, 461; VersR 72, 558, 559; Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl., § 1 StVO Rdnr. 46

der verletzten Norm[1] liegen, sind zu ersetzen.[2]
Ein Verstoß der Demonstranten gegen die Vorschriften des Straßenverkehrsrechts, der keine Verletzung der o.a. Rechtsgüter, sondern nur einen "reinen" Vermögensschaden[3] verursacht hat, begründet keine deliktische Haftung gegenüber dem Unternehmer, da diese Bestimmungen keine die Rechtssphäre des Unternehmers vor Eingriffen sichernde normative Schutzfunktion haben, mithin auch keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind.[4]

---

1) vgl. oben S. 17 ff
Die verkehrsrechtlichen Vorschriften haben nur den Zweck, die Sicherheit des Verkehrs zu gewährleisten und schützen deshalb - abgesehen von der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit - nur die Gesundheit und das Eigentum der Verkehrsteilnehmer, nicht aber ihre allgemeinen Verkehrsbelange und Vermögensinteressen. Vgl. Rohde, VersR 63, 246, 247; Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 123

2) BGH LM Nr. 9 zu § 3 StVO; BGH NJW 71, 1811; 72, 904; LG Berlin VersR 72, 548

3) vgl. oben S. 14 ff
Drees in: Drees-Kuckuk-Werny, Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 7 StVG Rdnr. 23

4) BGHZ 19, 114, 124; 27, 137, 143; LG Nürnberg-Fürth NJW 54, 1201, 1202; LG Düsseldorf NJW 57, 1153; LG Dortmund VersR 63, 246; LG Berlin VersR 72, 548; Rohde, VersR 63, 246, 247; Schmalzl, VersR 71, 355; Säcker, ZRP 69, 60, 63 FN 44.
§ 16 Abs. 1 Nr. 1 StVO in Verbindung mit § 3 Abs. 3 Satz 1 StVO schützt ausnahmsweise den (Bau-)Unternehmer gegen reine Vermögensschäden bei Verstoß gegen das Parkverbot, das speziell ihm eine ungehinderte Ausübung des Gewerbes ermöglichen soll. Vgl. AG Charlottenburg VersR 71, 92; Müller, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl., Bd. I, § 16 StVO Rdnrn. 30, 31

VI. Besitzschutz gemäß § 858 BGB

Entziehen oder stören Demonstranten den Besitz an einem Sachmittel, so begehen sie eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB.[1)]

Bei der Frage, ob § 858 BGB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist und bei schuldhaftem Verhalten ein Schadensersatzanspruch über § 823 Abs. 2 BGB folgt, kommt es darauf an, ob das Eigenmachtverbot den Schutz des Besitzers bezweckt.
Feststeht, daß dieses Verbot geeignet ist, den Besitzer vor Schaden zu bewahren. Auch verdient der Besitzer Schutz, falls ihm ersatzwürdige Schäden drohen. Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, daß § 858 BGB den Schutz des Besitzers bezweckt, dem ersatzwürdige Schäden drohen oder dem - anders ausgedrückt - Besitzvorteile rechtlich zugebilligt sind.
Gegen den Schutznormcharakter des § 858 BGB wird vorgebracht, daß die Vorschrift nicht auf die Qualität des Verletzten abstelle. Es könne aber nicht jedem Besitzer ein Schadensersatzanspruch zugebilligt werden.[2)]
Auch bei Bejahung des Schutznormcharakters des § 858 BGB kommt nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm[3)] ein Schadensersatzanspruch nur für solche Fälle in Betracht, bei denen es sich um einen ersatzwürdigen Schaden handelt. Begehen Demonstranten gegenüber dem Unternehmer eine verbotene Eigenmacht, so fällt der dadurch verursachte Schaden in den Schutzbereich des § 858 BGB.
Medicus[4)] wendet ferner ein, § 858 BGB solle "den Erfolg einer Umgehung des Gerichtswegs verhindern". Hiermit sei es aber kaum vereinbar, den Schutz des Besitzers nicht nur als Nebenwirkung, sondern als Zweck des § 858 BGB anzusehen.

---

1) Die Abgrenzung zwischen Besitzentziehung und -störung ist flüssig. Besondere Aufmerksamkeit ist ihr aber nicht zu widmen, da die Rechtsfolgen in beiden Fällen gleich sind. Entscheidend ist, daß der unmittelbare Besitzer in seiner Sachherrschaft und der darin liegenden Sachnutzungsmöglichkeit und damit in seinen Interessen beeinträchtigt ist. Vgl. Baur, SachenR, § 9 I 2 a
2) Medicus, AcP 165 (1965), 115, 119, 137
3) Zur Lehre vom Schutzzweck der Norm s. oben S.17 ff
4) Medicus, AcP 165 (1965) 115, 119

v. Caemmerer[1] meint, der Besitzschutz diene nur der vorläufigen Aufrechterhaltung des "status quo" gegen eigenmächtige Änderungen.

Diese beiden Argumente schließen jedoch nicht aus, daß § 858 BGB (auch) den Schutz des Besitzers bezweckt. Denn ein Gesetz ist auch dann Schutzgesetz, wenn es den Vorteil einzelner als Nebenzweck verfolgt.[2]

Zu Recht wird daher überwiegend anerkannt, daß das Eigenmachtverbot Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des Besitzers ist.[3]

Der Unternehmer kann also nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 BGB Ersatz aller Schäden, auch die gesamten Folgeschäden (§ 252 BGB) verlangen, die ihm aus der Besitzstörung bzw. -entziehung entstanden sind.

---

1) Festschrift für DJT 1960, Bd. II, S. 49, 83

2) Zum Individualschutz als Nebenzweck eines Gesetzes s. oben S. 24 f

3) Für diese Ansicht enthalten schon die Motive (Mot. III, 110) einen eindeutigen Hinweis: Das Verbot vim ne facias possidenti sei zugunsten des Inhabers aufgestellt; der schuldhafte Verletzer hafte nach § 704 E I (gleich § 823 Abs. 1 BGB). RG Gruchot 51, 986; RG JW 1906, 737, 738; 18, 90; 21, 1362; BGH NJW 56, 787; 62, 1342; Heck, SachenR, § 14,8; Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 17 f; Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, S. 65; Westermann, SachenR, § 8,4; 21,4; Staudinger-Seufert, BGB, § 862 Rdnr. 5.
Nur einen Schutz des berechtigten Besitzers nehmen an: RGZ 59, 326; 170, 1, 6; Larenz, SchuldR BT, 9. Aufl., § 44 IV.
Nach Wiese (JuS 70, 557, 560) ist nur der Schutz des schutzbedürftigen Besitzers bezweckt, also eines Besitzers, der durch die Besitzentziehung oder -beeinträchtigung einen ersatzwürdigen Schaden erleidet. Das kann auch ein nichtberechtigter Besitzer sein.
Grundsätzlich ablehnend: Medicus, AcP 165 (1965), 115, 119; Bürgerliches Recht, 2. Aufl., § 24 II 2 a; v. Caemmerer, Festschrift für DJT 1960, Bd. II, S. 49, 83

E. vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB

Liegt in dem Verhalten der Demonstranten gegenüber dem Unternehmer (bzw. dem Unternehmen als solchem) eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung, so besteht eine Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB.
Die Anwendung der Generalklausel des § 826 BGB, die auch reine Vermögensschäden umfaßt, ist aber beschränkt durch die Erfordernisse der vorsätzlichen Schadenszufügung und des Verstoßes gegen "die guten Sitten".[1)]

I. Begriff: "Verstoß gegen die guten Sitten"

Was unter dem Ausdruck "gute Sitten", der dem lateinischen "boni mores" entspricht, zu verstehen ist, ist neuerdings, insbesondere im Schrifttum, umstritten.
Allen Auslegungsversuchen des Begriffs der guten Sitten liegt die allgemein anerkannte Dreiteilung der sich an den einzelnen richtenden Normen in solche der Sittlichkeit, der Sitte und des Rechts zugrunde. Von dieser Einteilung soll auch hier ausgegangen werden.

1. die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit
(Notwendigkeit subjektiver Elemente)

In den Motiven[2)] wird der Tatbestand des Verstoßes gegen die guten Sitten bei der Erörterung der Vorschrift, aus der § 826 BGB entstanden ist (§ 705 Entwurf I), dahin umschrieben, er sei gegeben, wenn die Handlungsweise "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht entspricht".
Das RG[3)] bediente sich in Anlehnung an die Motive der Formel, es handele sich um das in der Sitte, in der Übung zutage-

---

1) s. oben S. 14
2) Mot. II, 727 (Mugdan II, 406)
3) RGZ 48, 114, 124; 80, 219, 220; 120, 144, 148; 145, 396, 400

getretene sittliche Empfinden, um das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".
Auch der BGH hat diese Formel übernommen.[1)]
In anderen Entscheidungen sprechen die Gerichte, um nur einige Beispiele zu nennen, von der "im deutschen Volke anerkannten und geistigen Moral", von der "sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung", von "sittlichen Anforderungen", "Grundsätzen der Sittlichkeit" und von "sittlich rechtlichen Anschauungen".[2)]
Zu diesen Formulierungen kommt hinzu, daß die Gerichte für einen Verstoß gegen die guten Sitten seit jeher ein subjektiv verwerfliches Handeln fordern. Ein Verstoß gegen die guten Sitten setzt zwar das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht voraus[3)], grundsätzlich erforderlich ist aber, daß der Täter in Kenntnis aller Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen, handelt.[4)] Gleichbehandelt wird der Fall, daß der Handelnde mit dem Vorliegen solcher Umstände gerechnet und sie in Kauf genommen hat (dolus eventualis),[5)] oder daß er sich der Kenntnis dieser Umstände bewußt verschlossen hat.[6)] Nur in seltenen Ausnahmefällen genügt nach der Rechtsprechung auch grob fahrlässige, leichtfertige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.[7)]

Unabhängig von der Frage der notwendigen subjektiven Voraussetzungen eines Verstoßes gegen die guten Sitten besteht die weitere, in bestimmten Fällen mögliche

---

1) BGHZ 10, 228, 232; 22, 167, 181; BGH GRUR 60, 558, 561
2) in der Reihenfolge der Zitate: RG JW 1904, 256, 257; JW 15, 913, 915; RGZ 134, 342, 350; RG Warneyer 1911 Nr. 79; BGHZ 23, 365, 371
3) RGZ 97, 253, 255; 161, 229, 233; BGHZ 22, 167, 181, BGH GRUR 60, 193, 196
4) RGZ 71, 108, 112; 79, 17, 23 f; 136, 236, 239 f; 161, 229, 233; BGHZ 8, 387, 393; 23, 184, 194; 27, 264, 273
5) BGHZ 8, 387, 393; BGH GRUR 62, 42, 44
6) RG GRUR 43, 182, 184; BGH GRUR 55, 411, 414
7) RGZ 71, 108, 112; 72, 175, 176; 143, 48, 51; 150, 1, 5; RG JW 32, 937; BGHZ 10, 228, 233

entscheidende Funktion subjektiver Elemente einer Handlung, wie des Zwecks oder des Motivs, für das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Entscheidend ist nämlich hierfür das Gesamtgepräge einer Handlung, das sich aus objektiven und subjektiven Momenten ergibt.[1] Ist eine Handlung objektiv unbedenklich und nur die ihr zugrunde liegende Gesinnung verwerflich, so liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten vor.[2]

Ein großer Teil der Rechtswissenschaft ist dieser Auslegung des Begriffs der guten Sitten durch die Rechtsprechung gefolgt.[3]
Auch in neuerer Zeit vertreten viele Autoren zu § 1 UWG diese Auslegung des Begriffs der guten Sitten.[4]

2. die guten Sitten als Normen der objektiven Sittlichkeit (keinerlei subjektive Momente)

Im Gegensatz zu der von Rechtsprechung und vom größten Teil des Schrifttums vertretenen Auffassung zum Begriff der guten Sitten steht eine andere Auslegung.
Sie sieht in den guten Sitten zwar ebenfalls eine Verweisung auf Normen der Sittlichkeit, der Moral, hält jedoch

---

1) RGZ 56, 229, 231; 114, 338, 341; 134, 342, 350; 150, 1, 5; 155, 257, 276
2) RGZ 65, 423, 430; 71, 170, 173; 79, 415, 418
3) aus der älteren Literatur zum BGB: Salinger, JW 17, 4, 5; Fischer, BayZ 1911, 173, 175; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 33f; Bd. 2/2. Hälfte, S. 22 f;
aus der neueren Literatur zum BGB: Soergel-Knopp, BGB, 10. Aufl., § 826 Rdnr. 12, 17; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 236; Erman-Drees, BGB, 5. Aufl., § 826 Anm. 2 a; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 826 Anm. 3 b;
4) Gieseke, GRUR 50, 298, 309; Greifelt, WRP 55, 1, 4; Bock, BB 58, 957, 960; Schramm, GRUR 61, 328, 334; Droste, WRP 65, 35, 36 f

rein objektive und nur fahrlässig schuldhafte Verstöße gegen diese Normen für möglich.
Auch die Rechtsprechung geht in einigen Entscheidungen im Verzicht auf subjektive Momente eines Verstoßes gegen die guten Sitten sehr weit. Im Jahre 1912 entschied das RG: "Eine Handlung verstößt ohne Rücksicht auf das subjektive Meinen des Handelnden gegen die guten Sitten, wenn sie objektiv, so wie sie in Erscheinung getreten ist, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt." [1]
Der BGH verlangt in einem Urteil für den Verstoß gegen die guten Sitten Kenntnis der Tatumstände nur "in aller Regel".[2]
Diesen Entscheidungen kommt jedoch gegenüber der sonst völlig einheitlich anders lautenden Rechtsprechung nur geringe Bedeutung zu.

Demgegenüber haben die Stimmen der Rechtswissenschaft ein wesentlich größeres Gewicht.
Schon im älteren Schrifttum wird ein rein objektiver Verstoß gegen die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit für möglich gehalten. Oertmann[3] sieht in den guten Sitten Normen der Sittlichkeit, der Moral im Sinne einer im Leben anerkannten, tatsächlich geübten Ethik, der herrschenden sittlichen Anschauungen und Anforderungen, nicht Normen der Sitte. § 138 Abs. 1 BGB sei auch dann gegeben, wenn die Parteien keinerlei subjektiver Vorwurf treffe, wenn ihnen etwa "infolge unrichtiger Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse die Unsittlichkeit des konkreten Aktes nicht zum Bewußtsein gekommen war." Eckstein[4] verlangt für das Vorliegen einer sittenwidrigen Schädigung weder Bewußtsein der Sittenwidrigkeit noch Kenntnis der Schädigung, noch der Unsittlichkeit. Nipperdey[5] lehnt 1931 das "Recht am Unternehmen" ab und sagt, für § 826 BGB und § 1 UWG müsse ein "objektiv sittenwidriger Eingriff" genügen.

---

1) RGZ 79, 415, 418; ähnlich: RG GRUR 24, 181, 182; RG MuW 26/27, 338, 340
2) BGH GRUR 57, 219, 221
3) Oertmann, BGB, § 138 Anm. B 1 a
4) ArchBürgR 41, 178, 236
5) Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. 2, S. 445, 485

Auch in neuerer Zeit werden objektive Verstöße gegen die guten Sitten für möglich gehalten, obwohl unter den guten Sitten Normen der Sittlichkeit verstanden werden. Lehmann[1] sieht in den guten Sitten eine Verweisung auf das Sittlichkeitsgesetz, die Moral, "nicht als inneres Sittengesetz, das den Einklang des äußeren Verhaltens mit der inneren seelischen Einstellung fordert, sondern im Sinne der im Volk tatsächlich geübten Rechtsmoral". V. Caemmerer[2] ist der Ansicht, daß es bei bestimmten Verträgen, bei denen die Sittenwidrigkeit im Vertragssystem liege, für das Sittenwidrigkeitsurteil auf subjektive Voraussetzungen bei den Beteiligten nicht ankomme. Nach neuerer Ansicht Nipperdeys[3] werden in den guten Sitten Moralgebote in dem sekundären Sinne des Verbots eines bösen äußeren Verhaltens zu Rechtsgeboten gesehen. Gute Sitten verbieten seiner Meinung nach böses äußeres Verhalten, das den Geboten der Moral zuwiderläuft.

3. die guten Sitten als Normen der Sitte

Nach anderer Ansicht nehmen die guten Sitten auf tatsächlich bestehende und geübte äußerliche Sitten, Konventionalnormen Bezug. Charakteristikum der Gebote der Sitte ist, daß sie sich wie die Rechtsnormen auf das äußere Verhalten der Menschen beziehen und daß gegen sie rein objektiv, ohne jede subjektive Voraussetzung, verstoßen werden kann.
Vor allem früher wurde die Aufassung von der Verweisung des Gesetzesbegriffs der guten Sitten auf Normen der Sitte in der Rechtswissenschaft stark vertreten, doch auch in neuerer Zeit hat die Aufassung mehrere Vertreter.[4]

---

1) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 29 IV
2) JZ 56, 97
3) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 31 (S. 203); vgl. auch Staudinger-Coing, BGB, § 138 Anm. 3, 4, 12
4) aus dem älteren Schrifttum: Hagen, Gruchot 52, 497, 511 f; v. Godin, MuW 30, 42, 46; R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 61;
aus dem neueren Schrifttum: Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 501; Tetzner, SJZ 50, 179, 183; v. Godin, GRUR 66, 127, 128

4. die guten Sitten als Wertungen des positiven Rechts

In neuerer und besonders in neuester Zeit wird die Meinung vertreten, die guten Sitten bezögen sich auf Wertungen und Grundsätze, die schon im positiven Recht verankert seien.

Nipperdey[1] spricht zwar von Mindestanforderungen, die "die heute geübte Rechtsmoral des deutschen Volkes" für das Handeln der Rechtsgenossen aufstelle. Darunter versteht er, daß der Verstoß gegen die "guten Sitten" auch den Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" (den "ordre public") umfasse.[2]

Simitis[3] will für den Bereich des § 138 Abs. 1 BGB den Begriff des "ordre public" neben dem der "guten Sitten" zur Anwendung bringen, wobei der Ausdruck "gute Sitten" nur noch zur Bezeichnung "der vom Richter auf dem Gebiete des Geschlechts- und Familienlebens zu beachtenden Moralgebote" verwandt werden soll.[4] Simitis kritisiert die alleinige Auslegung des Begriffs der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB als eines Moralbegriffs und die damit in Widerspruch stehende Rechtsprechung zu dieser Vorschrift.[5] An Hand vergleichender Darstellung verschiedener ausländischer Rechtsordnungen weist er nach, daß dort mit den Begriffen "ordre public" oder"public policy" ähnliche Sachverhalte erfaßt werden, wie in Deutschland mit dem Begriff der guten Sitten.[6] Er will im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB auf dem Wege der Gesetzesauslegung und Gesetzesänderung die Berücksichtigung des ordre-public-Gedankens um so zu erreichen, "daß nicht in allen Fällen, in denen § 138

---

1) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 191 I Anm. 5
2) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 191 I Anm. 6; zustimmend: Dietz, JuS 68, 1, 5
3) Gute Sitten und ordre public
4) Simitis, aaO., S. 168 f, 195 f
5) Simitis, aaO., S. 64 f, 66, 70
6) Simitis, aaO., S. 78 f, 169; vgl. Artt. 6, 1133 Code civil; §§ 879 Abs.1, 1295 Abs. 2 ABGB

Abs. 1 BGB angewandt wird, ein Verstoß gegen die Moralgebote vorliegt".[1] Der Begriff des ordre public gestatte es im Gegensatz zum Begriff der guten Sitten, deren Feststellung auf rein subjektiver Überzeugung des Richters beruhe, die "gesetzlichen Interessenbewertungen"[2], die "Rechtsinstitute und Prinzipien der Rechtsordnung"[3] zu berücksichtigen.

Unter dem "ordre public" versteht Simitis also, im Anschluß an den französischen Sprachgebrauch, "die Ordnung in der gegebenen Gesellschaft", wie sie hauptsächlich in den Grundsätzen und Instituten der geltenden Rechtsordnung zum Ausdruck komme. Ausgangspunkt für die Ermittlung des ordre public sei also das positive Recht selbst, dieses jedoch verstanden nicht nur als der Inbegriff der einzelnen Gesetzesbestimmungen, sondern als der Inbegriff der ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Prinzipien und Rechtsinstitute, als Ordnungsgefüge.[4]

Den Gedanken des "Ordre public" will er auch bei § 826 BGB und § 1 UWG in Betracht ziehen.[5]

---

1) Simitis, aaO., S. 169
2) Simitis, aaO., S. 70
3) Simitis, aaO., S. 172
4) Simitis, aaO., S. 175
5) Simitis, aaO., S. 169
Dem ordre-public-Gedanken folgen inzwischen: Reinhardt, Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, S. 576 f; Steindorff, BB 55, 1002; JZ 59, 198; JZ 60, 582, 583; Abraham, AcP 150 (1949) 385, 398; offen gelassen: Kübler, AcP 172 (1972) 177, 196 FN 149.
In ähnlicher Weise versucht Kraft (Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963) den Inhalt des Begriffs der guten Sitten in § 1 UWG aus dem positiven Recht selbst zu bestimmen, ohne auf die Gebote der Sittlichkeit oder der Sitte zurückgreifen zu müssen. Er lehnt die Auslegung des Begriffs als Normen der Sittlichkeit oder der Sitte ab. Die Lehre der Interessenjurisprudenz zeige den einzig richtigen Weg zur Bestimmung des Inhalts der guten Sitten in § 1 UWG. Dieser Begriff sage nicht mehr und nicht weniger, als daß der Richter durch eine genaue Prüfung, Wertung und Abwägung der beteiligten Interessen eine bestimmte Wettbewerbshandlung als Recht oder Unrecht charakterisieren würde (aaO., S. 128).
Demgegenüber wird diese ordre-public-Lehre entschieden abgelehnt von: Flume, Das Rechtsgeschäft, § 18, 1 (S.364); Larenz, BGB AT, § 28 III a (S. 429 f); Meyer-Cording, JZ 64, 273, 277; Raiser, Summum ius, S. 145, 163.

5. § 826 BGB als Tatbestand in der Entwicklungsfunktion

Deutsch[1] setzt die Sittenwidrigkeit in Beziehung zur Rechtswidrigkeit und stellt fest, daß die Sittenwidrigkeit einmal eine gesteigerte Form der Rechtswidrigkeit, zum anderen aber auch ein Weniger darstellen kann.
In dieser zweiten Form solle die Anwendung der Generalklausel des § 826 BGB auf reine, anders nicht erfaßbare unerlaubte Handlungen ermöglicht werden. Für diesen "Tatbestand in der Entwicklungsfunktion" bedürfe auch das Erfordernis notwendiger subjektiver Elemente einer sittenwidrigen Handlung neuer Begründung. Er findet sie darin, daß eine Schadenshaftung aus einem Verhalten, das bezüglich der Unkenntnis der Tatumstände nur fahrlässig oder gar schuldlos sei, gegenüber einem erst von der Rechtsprechung zu entwickelnden Verbot überraschend erscheinen würde und zu drückend wäre. Beim Unterlassungsanspruch trete die Kenntnis der Tatumstände mit der Klage ein.

6. Stellungnahme

a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte

Wortlaut und Entstehungsgeschichte lassen einen klaren Schluß auf eine bestimmte Auslegung des Begriffs der guten Sitten nicht zu.
Das Wort "Sitten" scheint auf äußere, tatsächlich bestehende und geübte Sitten hinzuweisen[2], während das Wort "gute" sich auf Normen der Sittlichkeit zu beziehen scheint.[3]

Aus der Entstehungsgeschichte werden immer wieder einzelne Sätze zitiert, die -für sich genommen - jede der vertretenen Ansichten zu stützen scheint.

---

1) JZ 63, 385, 390
2) Lobe, Gruchot 72, 145 f
   v. Godin, GRUR 66, 127, 128
3) Oertmann, BGB, § 826 Anm. 2 c; Droste, WRP 65, 35, 36

Für die Auffassung vom Begriff der guten Sitten als Hinweis auf die Sittlichkeit scheint z.B. folgende Stelle zu sprechen: "Für den Fall des § 138 Abs. 1 BGB sei es im Einzelfall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten zu beachten. Erst die Hinzunahme dieses subjektiven Moments setze den Inhalt des Geschäfts ins rechte Licht".[1)]

Andere Stellen scheinen die Ansicht von der Verweisung der guten Sitten auf die Sitte zu stützen. So etwa die Bemerkung des Gesetzgebers, "die Nichtigkeit trete ein, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheiden der subjektiven Seite die guten Sitten verletze".[2)] An anderer Stelle wird der Antrag, den Ausdruck "gegen die guten Sitten" durch die Worte "gegen die Sittlichkeit" zu ersetzen, abgelehnt.[3)]

Auf beide Gruppen dieser sich widersprechenden Äußerungen zum Begriff der guten Sitten wird von verschiedenen Autoren jeweils die eigene Auffassung gestützt oder die widersprechende Ansicht abgelehnt.[4)]

Vor allem kann aus den widersprüchlichen Äußerungen des Gesetzgebers nicht mit Sicherheit entnommen werden, ob seiner Ansicht nach gegen die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit nur subjektiv verwerflich oder auch durch eine rein objektiv rechtswidrige Handlung verstoßen werden kann.

b) die guten Sitten als Normen der Sitte

Gegen die Auffassung, die durch den Begriff der guten Sitten Gebote der äußeren Sitte, Konventionalnormen in den Bereich des Rechts übernehmen will, bestehen Bedenken, da ja die tatsächlich bestehenden und geübten Sitten Unsitten sein können. Einen Verstoß gegen solche Unsitten will das

---

1) Protokolle, S. 123
2) Motive, S. 211
3) Protokolle, S. 124
4) für die "Sittlichkeit": Salinger, JW 17, 4, 5; Droste, WRP 65, 35, 36;
   für die "Sitte": Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 42

Gesetz nicht als Unrecht bezeichnen.
Zur Bewertung bestehender Sitten muß daher letzten Endes immer wieder auf die Sittlichkeit oder die Moral zurückgegriffen werden, so daß es im Ergebnis bei Bestimmung des Inhalts der "guten Sitten" doch wieder bei der Meinung 1 bzw. 2 bleibt.
Die Ausführungen derjenigen Autoren, die in den "guten Sitten" eine Verweisung auf äußere Sitten sehen, bestätigen selbst diese Bedenken. Darüber, ob eine Sitte gut ist, entscheidet ihrer Ansicht nach die Moral, die Sittlichkeit, entscheiden Anschauungen der Allgemeinheit, allgemeine ethische Anschauungen.[1] Nach Hölder[2] ist eine Sitte dann gut, wenn ihre Befolgung sittlich geboten ist. Reimer[3] läßt das Anstandsgefühl des Richters entscheiden.
Weiterhin sind auch die Gebote der Sitte lückenhaft. Fehlt für die Erfassung eines Sachverhalts eine Sitte, so muß wieder "subsidiär" die Sittlichkeit, die Moral herangezogen werden.[4]

c) die guten Sitten als Wertungen des positiven Rechts

Die Kritik an der Ansicht, die den Inhalt der guten Sitten bereits in den Wertungen des positiven Rechts enthalten sieht, kann sich zunächst auf den Wortlaut[5] und die Entstehungsgeschichte[6] des Begriffs der guten Sitten im Gesetz

1) Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 45; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 8. Aufl., S. 438; v. Godin, GRUR 66,127,128
2) Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB, § 138 Anm. 1 a
3) LZ 1930, 1342
4) Kraft, Interessenabwägung, S. 115; Herzog, Zum Begriff der guten Sitten im BGB, S. 121
5) Larenz, BGB AT, § 28 III
6) Der jetzige § 138 BGB lautete im ersten Entwurf (§ 106): "Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig". Im zweiten Entwurf wurde der Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" als Nichtigkeitsgrund gestrichen, weil dem Begriff "eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein würden" (Prot. I, 258; Mugdan I, 725). In der Reichstagskommission (Mugdan I, 969) und im Plenum des Reichstages wurden die Anträge, den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung in die Formulierungen des Gesetzes aufzunehmen, abgelehnt (vgl. Staudinger-Coing, BGB, § 138 Anm. 2).

berufen. Entscheidend ist aber, daß die von Simitis vertretene Ansicht gerade in zweifelhaften Fällen letztlich doch auf allgemeine Anschauungen, auf sittliche, moralische Wertungen zurückgreifen muß.[1] So sagt Simitis selbst[2], der Richter könne in den seltenen Fällen, in denen das positive Recht keine ausreichende Antwort für die Ermittlung des ordre public gebe, auf außerrechtliche Gesichtspunkte, ethische Überzeugungen eingehen. Er habe eine "soziale Wertentscheidung zu treffen".[3]

d) § 826 BGB als Tatbestand in der Entwicklungsfunktion

Die von Deutsch vertretene Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Es bestehen Bedenken gegenüber seinen Ausführungen hinsichtlich der subjektiven Elemente.
Das Verschulden, welches eine notwendige Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB ist, entfällt beim Vorliegen eines entschuldbaren Verbotsirrtums im Rahmen des § 826 BGB dann, wenn der Handelnde das durch die Rechtsprechung eben entwickelte oder erst zu entwickelnde Verbot nicht kannte und nicht kennen mußte.[4] Die Frage des Verschuldens und damit auch die des Verbotsirrtums ist systematisch von der Frage der Tatbestandsmäßigkeit eines Verstoßes gegen die guten Sitten zu trennen.

---

1) Meyer-Cording, JZ 64, 273, 277 weist ausdrücklich auf diesen Umstand hin.
2) Gute Sitten und ordre public, S. 190 f
3) Auch Kraft (Interessenabwägung) muß immer wieder auf außerrechtliche, sittliche Maßstäbe zur Bestimmung des Inhalts der guten Sitten zurückgreifen. Bei der Abgrenzung erlaubter von unerlaubten Wettbewerbshandlungen im Rahmen des § 1 UWG zieht er zunächst die Gesamtrechtsordnung als Wertmaßstab heran, jedoch will er in zweiter Linie jeweils auf die Natur der Sache zurückgreifen (S. 69 ff, 88). Bereits hier komme der "Transformierung präjuristischer Werturteile" und der "an der Kulturanschauung und dem Kulturbewußtsein unserer Zeit orientierten Bewertung" maßgebliche Bedeutung zu (S. 75, 76). Bei der Bewertung der Interessen muß schließlich nach seiner Ansicht dann, wenn auch die "Natur der Sache" nicht weiter hilft, die "richterliche Eigenwertung aus dem Rechtsgefühl" eingreifen (S. 89).
   Auch bei Hubmann (AcP 155 (1956), 85 ff) wird deutlich, daß zur Bewertung und Abwägung der Interessen immer wieder auf außerrechtliche Maßstäbe zurückgegriffen werden muß (S. 99 f, 133).
4) BGHZ 17, 266, 295; 27, 264, 273

Deutsch will jedoch das Vorliegen eines Verbotsirrtums bereits im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit eines Verstoßes gegen die guten Sitten untersuchen. Das ist systematisch falsch.

e) die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit

Die Ansicht von Deutsch, § 826 BGB auch als Tatbestand in der Entwicklungsfunktion anzusehen, ist aus systematischen Gründen abzulehnen.
Den Auffassungen, die in den guten Sitten eine Verweisung auf Normen der Sitte bzw. Wertungen des positiven Rechts sehen, begegnen ebenfalls Bedenken, da sie einerseits, zumindest was die letztere anbelangt, Wortlaut und Entstehungsgeschichte widersprechen und andererseits keinen selbständigen und umfassenden Maßstab zur Abgrenzung sittenwidriger und sittengemäßer Handlungen bieten, sondern vielmehr letztlich doch immer wieder auf die Sittlichkeit, die Moral abstellen müssen.

Philosophische Gesichtspunkte sind es vor allem, die gegen die Aufassung von den guten Sitten als Normen der Sittlichkeit vorgebracht werden.
Wegen der Abgrenzung der Bereiche des Rechts und der Sittlichkeit sei es unmöglich, sittliche Normen in das Recht zu übernehmen. Der entscheidende Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit bestehe nämlich darin, daß die Sittlichkeit sich ausschließlich mit dem Innenleben des Menschen befasse, während der Bereich des Sozialen , des Zusammenlebens der Menschen, allein durch das Recht geregelt werde.[1] Die guten Sitten könnten nur auf Rechtsnormen, auf besonders geartete Rechtssätze des "richtigen Rechts", nicht auf Gebote der Sittlichkeit verweisen.[2]

---

1) Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 207; Die Lehre von dem Richtigen Rechte, S. 52, 57; vgl. auch v. Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. 2, 3. Aufl., S. 262f; Hagen, Gruchot 52, 497, 500 f; R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 61; Bürger, Über das Wesen der guten Sitten, S. 74, 76, 78; Somlo, Juristische Grundlehre, S. 69, 72; Kraft, Interessenabwägung, S. 109, 114; Wundt, Ethik, Bd. 1, S. 127

2) so ausdrücklich Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 207; Die Lehre von dem Richtigen Rechte, S. 392

Auch Coing[1] ist dieser Ansicht, wenn er sagt, die äußere Organisation einer Gemeinschaft werde durch das Recht gebildet, dessen oberste Schicht die Rechtsidee sei, während die Ethik sich auf das persönliche Leben beschränke.

Die Auffassung von der Beschränkung der Sittlichkeit auf das Innenleben steht in Widerspruch zur weitaus überwiegenden Meinung in der Philosophie[2]. Diese ist der Ansicht, daß es sittliche Normen gibt, die sich auch auf den Bereich des menschlichen Zusammenlebens beziehen. Neben die Individualethik tritt die Sozialethik.[3] Die Normen der Sittlichkeit erstrecken sich auch auf den Bereich des sozialen Lebens. Die "guten Sitten" in § 826 BGB können auch daher auf die Normen der Sittlichkeit verweisen.

Die Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur sehen in den guten Sitten nicht nur eine Verweisung auf Gebote der Sittlichkeit, sondern fordern darüber hinaus für einen Verstoß gegen diese Gebote notwendig bestimmte subjektive Voraussetzungen, in aller Regel Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.[4]
Zur Begründung dieser Auffassung beruft man sich auf die Entstehungsgeschichte des Begriffs der guten Sitten im Gesetz, auf die Schwere des Vorwurfs einer sittenwidrigen Handlung, vor allem aber auf philosophische Argumente.
Die Entstehungsgeschichte kann die These von den notwendig subjektiven Voraussetzungen eines Verstoßes gegen die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit nicht stützen.[5]
Auch die Schwere des Vorwurfs einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung ist in der Literatur als Beweis dafür

---

1) Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, S. 148
2) Eine Erörterung mit den gegensätzlichen Meinungen in der Philosophie hinsichtlich dieser Frage soll hier nicht erfolgen. Es wird daher der überwiegend herrschenden Ansicht in der Philosophie gefolgt.
3) O. v. Gierke, Recht und Sittlichkeit, Logos VI (1916/17), S. 211, 226; Sauer, System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2. Aufl., Basel 1949, S. 209, 212; v. Hippel, Recht, Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen, Tübingen 1958, S. 11, 13; Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen 1956, S. 196
4) Grundsätze der an sich nur im Strafrecht geltenden Schuldtheorie (§ 17 2. StrRG).
5) s. oben S. 62

genannt worden, daß ein solcher Sittenverstoß eine verwerfliche Gesinnung erfordere.[1] Hiergegen läßt sich einwenden, daß der Vorwurfscharakter der Beurteilung einer Handlung als sittenwidrig weniger eine bestimmte Auslegung des Begriffs der guten Sitten bewirken kann, vielmehr selbst bereits Folge der Auffassung ist, daß die guten Sitten auf Normen einer subjektiv zu verstehenden Sittlichkeit verweisen.[2]

Als Begründung für die Ansicht, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten bestimmte subjektive Elemente voraussetzt, bleibt nur die philosophische. Sie beruft sich darauf, daß sich die Gebote der Sittlichkeit in erster Linie an die Gesinnung richten,[3] und daß daher von einem Verstoß gegen diese Gebote dann nicht gesprochen werden könne, wenn sich eine verwerfliche Gesinnung nicht feststellen lasse. Kenne der Täter die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände nicht und beruhe diese Unkenntnis nicht ihrerseits auf Gewissenlosigkeit, sondern nur auf Fahrlässigkeit oder gar auf unverschuldetem Irrtum, so könne von einer unmoralischen Gesinnung nicht mehr gesprochen werden.

Diese Auffassung entspricht der in der Philosophie herrschenden Lehre von der Gesinnungsethik, die auf Kant zurückgeht.[4] In ihrer strengen Form besagt sie, daß die Sittlichkeit allein die Gesinnung beurteile, daß sie sich in keinem Falle auf das äußere Verhalten beziehe.[5] In ihrer gemäßigten Form nimmt sie an, daß die Sittlichkeit zwar auch Handlungen beurteile, daß sie das aber nur mit Rücksicht auf die mit ihnen verbundene Gesinnung tue. Sittliche Normen beziehen sich nach ihrer Ansicht niemals auf die bloße äußere Handlung und ihren Erfolg allein,

---

1) Westermann, Interessenkollion und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954; Hagens, MuW 1927/28, 561, 563; Reimer, MuW 1929, 208; Baumbach, DJZ 31, 58, 61; Köhler, SJZ 46, 165, 166; Gieseke, GRUR 50, 298, 309; Rosenthal, JW 27, 1996; vgl auch RG GRUR 32, 310; RGZ 150, 1, 5

2) Greifelt, WRP 55, 1, 4

3) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, S. 33

4) vgl. dazu Larenz, Sittlichkeit und Recht, Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Bd. 1, Stuttgart 1943, S. 276, 339

5) Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 62, 64; Schönke-Schrade, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 5

immer steht die Gesinnung im Vordergrund.[1]
Aufgrund dieser in der Philosophie herrschenden Lehre[2] sind entsprechend der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Liteartur für einen Verstoß gegen die guten Sitten notwendig bestimmte subjektive Voraussetzungen zu fordern.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist dann anzunehmen, wenn die Demonstranten aus "reiner Zerstörungslust" Sachen des Unternehmens beschädigen. Die Sittenwidrigkeit einer Demonstrationshandlung ist ferner zu bejahen, wenn die Demonstranten unter dem Vorwand der Verfolgung ideeller Ziele dem Unternehmer in Wahrheit in erster Linie einen erheblichen Schaden zufügen wollen.

II. subjektive Voraussetzungen

1. Sittenwidrigkeit

Die Demonstranten müssen zwar Schädigungsvorsatz gehabt haben, auf die Sittenwidrigkeit ihres Handelns aber brauchte sich ihr Vorsatz nicht zu erstrecken.

---

1) Otto von Gierke, Recht und Sittlichkeit, Logos VI (1916/17), S. 211, 227; Somlo, Juristische Grundlehre, S. 75; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 8 f; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 148; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 131 f

2) Dieser herrschenden Meinung in der Philosophie wird hier gefolgt.
Die Lehre von der "Verantwortungsethik" vermeidet eine Vermengung von Recht und Sittlichkeit und gestattet die Beurteilung von Handlungen und ihres Erfolges unabhängig von der Gesinnung des Handelnden nach sittlichen Maßstäben. (vgl. Max Weber, Politik als Beruf, S. 539 f). Sie fordert, daß man für die voraussehbaren Folgen seines Handelns aufzukommen hat (Max Weber, aaO., S. 540). Sie beurteilt damit eine Handlung nach ihren Erfolgen, nicht nach der ihr zugrunde liegenden Gesinnung.
Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, Larenz (Sittlichkeit, S. 402). Er anerkennt im Gegensatz zur Gesinnungsethik eine objektive Sittlichkeit, mit der er Recht und Sitte als sittliche Institutionen identifiziert. Die objektive Sittlichkeit gliedere sich in Sitte, das geformte Gesetzes- und Gewohnheitsrecht und nicht in das ungeformte Recht.

Die Demonstranten müssen nur die Tatumstände gekannt oder mit ihnen gerechnet haben, die ihr Verhalten sittlich verwerflich[1] machen.[2] Ein Fehlen dieser Kenntnis ist für einen Sittenwidrigkeitsirrtum grundsätzlich beachtlich. Relevant wird dies bei Demonstrationsaktionen insbesondere in Fällen eines Bewertungsirrtums, in denen die Demonstranten sich mit der rechtsethischen Qualifizierung ihres Verhaltens beschäftigt, es aber für einwandfrei gehalten haben.

---

1) Die Formulierung "verwerflich" in § 240 Abs. 2 StGB ist nicht identisch mit der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB. Für den strafrechtlichen Begriff der Verwerflichkeit soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten ausreichen. Diese Formel erschien de. Rechtsausschuß des Bundestages nach dem Bericht von Dreher (JZ 53, 421, 428) zu zivilistisch und wohl auch zu weit, weshalb der Begriff "verwerflich" eingefügt wurde. Gegenüber dem zivilrechtlichen Begriff der Sittenwidrigkeit ist der strafrechtliche Begriff der Verwerflichkeit daher in einem strengeren Sinne anzuwenden. Das, was einen Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB oder widerrechtlich gemäß § 823 Abs. 1 BGB ist,braucht noch nicht (sozial) verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB zu sein. Vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 1053; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 183; Niese, Streik und Strafrecht, S. 54; Osswald, Der Streik, S. 44; Welzel, NJW 53, 653 FN 8; Nüse, JR 53, 277; a.A. R. Lange, NJW 53, 1164; BGHSt 5, 254, 256.
Für die Demonstrationsaktion ergibt sich daraus: Nicht alle Handlungen, die im Bereich des § 826 BGB nach dessen Maßstab als sittenwidrig zu gelten haben, erscheinen darum auch als rechtswidrig im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB, selbst wenn sie "grob sittenwidrig" sind. Umgekehrt liegt in der Verletzung der Strafbestimmung des § 240 StGB zugleich eine Sittenwidrigkeit, so daß auch § 826 BGB eingreift.
Ferner ist nicht jede Schadenszufügung, die rechtswidrig ist, auch sittenwidrig. Vgl. RGZ 113, 33, 37; Soergel-Siebert-Knopp, BGB, § 826 Rdnr. 9; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 154 FN 62. Umgekehrt ist jede Schadenszufügung, die sittenwidrig erfolgt ist, auch rechtswidrig. Vgl. RG JW 37, 2223, 2224

2) RGZ 123, 271, 278; 136, 293, 298; 140, 184, 189; 155, 234, 238; 155, 327, 333; 161, 229, 233; RG JW 32, 938; 34, 2136; BGH NJW 51, 596; 53, 297, 299; 54, 147; BGH LM § 826 (Gc) Nr. 2; LM § 138 (Cb) Nr. 13

Die Einstellung der Demonstranten, ihre rechtliche Überzeugung, in erlaubter Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt zu haben, kann dazu führen, im Rahmen der Gesamtwürdigung[1] ihrem Verhalten den bei äußerer Wertung zu sehenden Makel der Sittenwidrigkeit zu nehmen.[2]
Aber nicht jeder Irrtum über die Erlaubtheit des Vorgehens fällt bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Handelns ins Gewicht. Es liegt hier insoweit ähnlich wie bei der Berücksichtigung eines Rechtfertigungsirrtums nach den Grundsätzen der Schuldtheorie, der zufolge der Schuldvorwurf nicht entfällt, wenn dem Täter Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.[3] Bei der Gesamtwürdigung nach § 826 BGB braucht jedoch nicht ganz so streng vorgegangen zu werden. Ein Sittenverstoß kann im Falle des § 826 BGB unter Umständen auch dann zu verneinen sein, wenn die Demonstranten fahrlässig gehandelt haben. Erst bei grob fahrlässiger Fehlbewertung wird das Unwerturteil durch die subjektive Überzeugung der Demonstranten, rechtlich gehandelt zu haben, nicht mehr berührt.[4]

---

1) entscheidend sind niemals abstrakte Merkmale, sondern die gesamten Umstände des Einzelfalls, vgl. Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 826 Anm. 8; RGZ 155, 257, 276
2) RGZ 51, 369: "§ 826 BGB entfalle, weil der Klassenkampf freier Konkurrenzkampf sei, der nur bei Exessen zu Schadensersatzpflichten führen könne". Vgl. auch RGZ 71, 108, 112; 123, 271, 278; 140, 184, 190; 155, 234, 238; 159, 211, 227; RG HRR 1936 Nr. 191; BGH WM 63, 829, 831; LG Düsseldorf NJW 66, 2219, 2221; Säcker, ZRP 69, 60, 61: "... die durch politischen Kampf um nicht rechtswidrige Ziele bewirkte Schädigung ist regelmäßig nicht sittenwirdrig"; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 2; S. 993; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 154; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 154; Helle, NJW 64, 1497 meint sogar, daß man demjenigen, der zur Verteidigung hoher ethischer Werte handele, nicht gut sittenwidriges Handeln vorwerfen könne, selbst wenn er sich dabei in der Wahl seiner Mittel vergreife.
3) vgl. dazu Baumann, AcP 155 (1956), 511, 512; Niese, JZ 56, 457, 465 will die im Strafrecht herrschende Schuldtheorie auch für § 826 BGB anwenden; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 1036 FN 97, S. 1037 f
4) RGZ 71, 108, 112; 79, 17, 23; 123, 271, 278; RG JW 34, 2136; BGH NJW 53, 297, 299; LG Köln MDR 62, 822, 823; Erman-Drees, BGB, § 826 Bem. 2 c aa; Soergel-Siebert-Knopp, BGB, § 826 Rdnr. 38, 50; BGB RGRK-Haager, § 826 Anm. 12; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 149 FN 36

2. vorsätzliche Schadenszufügung

Eine Ersatzpflicht gemäß § 826 BGB setzt ferner voraus, daß dem Unternehmen der entstandene Schaden vorsätzlich zugefügt wurde.
Denn wer einen Schaden verursacht hat, haftet nach § 826 BGB nicht schon dann, wenn sein für den Schaden ursächliches Verhalten als sittenwidrig beurteilt werden muß. Er muß außerdem Schädigungsvorsatz gehabt haben.[1)]
Im Gegensatz nämlich zu § 823 Abs. 1 BGB, wo sich der Vorsatz nur auf die Verletzung der einzeln angeführten geschützten Rechtsgüter zu erstrecken braucht, muß der Vorsatz bei § 826 BGB die gesamten Schadensfolgen umfassen. Während also im Falle des § 823 Abs. 1 BGB bei der gewollten Verletzung eines geschützten Rechtsguts der Täter für alle sich daraus ergebenden Folgen, ohne daß er sie in sein Bewußtsein aufgenommen zu haben braucht, einzustehen hat, weil nur die Verletzung des Rechtsguts, nicht aber der Schadenserfolg schlechthin vorausgesehen sein muß,[2)] wird bei § 826 BGB gefordert, daß der Vorsatz sich auf die Zufügung des Schadens bezieht, weil die unerlaubte Handlung selbst in der Schadenszufügung besteht.
Diese Unterscheidung in dem weitgehenden, nur einen Verstoß gegen die guten Sitten, nicht gegen das Recht fordernden Tatbestand des § 826 BGB, bei dem im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 BGB daher auch keine Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns gefordert werden kann[3)], erscheint sonach auch innerlich gerechtfertigt.[4)]

---

1) RG JW 17, 655
2) RGZ 57, 239; 58, 214
3) RGZ 72, 7; 123, 278
4) RG JW 34, 408; BGH NJW 51, 596, 597; 62, 148, 150: Dieser Unterschied zwischen § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB kann vor allem dann wesentliche Bedeutung haben, wenn das Verhalten der Demonstranten zu einer völligen Existenzvernichtung des Unternehmens führt, ohne daß diese Schadensfolge von vornherein voraussehbar gewesen wäre. (anders: Cebulka, NJW 56, 916, 917: die Schuld brauche sich nur auf den "Einbruch" in den fremden Rechtskreis zu beziehen, hinsichtlich aller übrigen Folgen genüge der adäquate Kausalzusammenhang)

Die in dieser Hinsicht zu stellenden Anforderungen hinsichtlich des Vorsatzes dürfen aber nicht überspannt werden.[1)]

Vorsatz ist der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete Wille.[2)] Erforderlich ist also das Bewußtsein, daß das eigene Verhalten den schädigenden Erfolg haben werde, und außerdem das Wollen dieses Erfolges.[3)] Eine Absicht der Schädigung in der Bedeutung eines Beweggrundes ("Triebfeder") ist nicht erforderlich.[4)]

Da auch bedingter Vorsatz (dolus eventualis) für das Merkmal der Vorsätzlichkeit der Schadenszufügung ausreicht, brauchen die Demonstranten nicht das Bewußtsein gehabt zu haben, daß der Unternehmer Schaden erleiden müsse. Es genügt, daß sie die Möglichkeit einer Schädigung erkannt und sie für den Fall ihres Eintritts gewollt oder zumindest billigend in Kauf genommen haben.[5)] Ein bedingter Vorsatz ist aber dann nicht mehr anzunehmen, wenn die Demonstranten sich zwar der entfernteren Möglichkeit einer Schädigung bewußt waren, mit einem Schadenseintritt aber nicht ernsthaft gerechnet haben.[6)] Dies gilt auch dann, wenn sie die Möglichkeit eines Schadens erwogen, aber die begründete Überzeugung gewonnen hatten, es werde kein Schaden entstehen.[7)]

Der Schädigungsvorsatz kann auch dann vorliegen, wenn die Demonstranten die rechtliche Überzeugung hatten, in Verfolgung berechtigter Interessen zu handeln.[8)]

Fahrlässigkeit, auch grobe Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Schadenszufügung genügt nicht.[9)]

---

1) Soergel-Siebert-Knopp, BGB, § 826 Rdnr. 53; Coing, NJW 51, 596, 597
2) BGH LM Nr. 1 zu § 826 (Gc) BGB; BGH MDR 57, 30
3) Prot. 6, 202; RGZ 58, 214, 216; RG JW 33, 425; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 236 II 2
4) BGHZ 8, 387, 393; BGH JZ 58, 314; BGH NJW 67, 493, 495
5) RGZ 123, 271, 272; 140, 392, 396; 143, 48, 52; RG JW 27, 892; 29, 1462; BGHZ 8, 387, 393; BGH NJW 51, 596; MDR 57, 30; JZ 58, 314; WPM 65, 1288, 1289
6) RG JW 06, 781; 11, 652; 12, 36; 27, 892; 29, 3149; RG HRR 1932 Nr. 1576; BGH NJW 51, 596, 597
7) RG WarnRspr 1914 Nr. 109; RG JW 29, 3149; BGH NJW 51, 596, 597/598
8) RG Recht 1907 Nr. 1647. Diese Überzeugung kann aber ihrem Handeln den Makel der Sittenwidrigkeit nehem, vgl. oben S. 70
9) RGZ 143, 48, 51; BGH NJW 51, 596, 598; 62, 1766; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 III 2 a. Allerdings kann das Merkmal der Sittenwidrigkeit in einem grobfahrlässigen Verhalten zu sehen sein (BGB RGRK-Haager, § 826 Anm 13), sie kann aber den Vorsatz nicht ersetzen.

Der Vorsatz der Demonstranten muß die gesamten Schadensfolgen umfassen. Und zwar muß ein Schaden dieser Art vorausgesehen sein, nicht jedoch Umfang und Höhe des Schadens und der Kausalverlauf im einzelnen.[1] Eine allgemeine Voraussicht einer möglichen Schädigung allein genügt nicht.[2]

Es ist auch nicht erforderlich, daß der Vorsatz sich gegen eine bestimmte Person richtet. Die Demonstranten brauchen nicht im einzelnen gewußt zu haben, wer der durch ihr Verhalten Geschädigte sein wird.[3] Es genügt, daß der Geschädigte zu einem Personenkreis gehört und die Täter einen Schadenseintritt in diesem Personenkreis erwartet oder für möglich gehalten haben.[4] Konnten die Demonstranten nicht übersehen, wèn ihr Verhalten schädigen würde, ist ihnen aber die Gefährdung bestimmter Personen oder Personenkreise bewußt und nehmen sie sie in Kauf, so handeln sie insoweit mit Schädigungsvorsatz.[5]

---

1) BGH NJW 51, 596, 597; MDR 57, 29; FamRZ 62, 252, 253; NJW 63, 148, 150; BGB RGRK-Haager, § 826 Anm. 16; Soergel-Siebert-Knopp, BGB, § 826 Rdnr. 53, 54; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 236 II 2; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 66 III; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 993

2) BGH NJW 63, 579, 580; Soergel-Siebert-Knopp, § 826 Rdnr. 54

3) RGZ 157, 213, 220; RG Gruchot 54, 972, 977; 67, 180, 183; RG JW 36, 3111; RG SeuffArch 93 Nr. 118; BGH NJW 56, 1595; 63, 579, 580; 65, 249, 251

4) RG WarnRspr 1920 Nr. 41; BGH WPM 66, 1150, 1152

5) RG JW 12, 637

F. § 823 Abs. 1 BGB

I. "Freiheit" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

In § 823 Abs. 1 BGB ist das absolute subjektive Recht auf "Freiheit" geregelt. Wird der Unternehmer durch Demonstranten in der Ausübung seiner gewerblichen Betätigung beeinträchtigt, so könnte er sich auf eine Verletzung des Rechts auf "Freiheit" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB berufen. Was Inhalt dieser "Freiheit" ist, ist jedoch umstritten.

Die Rechtsordnung schützt die Freiheit des einzelnen durch zahlreiche Normen. Das öffentliche Recht hat mehr und mehr die alten Freiheitsbeschränkungen abgeschafft und einzelne Freiheitsrechte verfassungsmäßig garantiert. Darüber hinaus hat das Grundgesetz in Art. 2 mit dem Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit[1] auch die allgemeine Handlungsfreiheit als Grundrecht anerkannt.[2] Das StGB enthält mehrere Tatbestände für Freiheitsverletzungen.[3] Über diese engen Tatbestände hinaus, die nur grobe und typische Verstöße erfassen, nämlich nur jene, deren Ahndung schon im öffentlichen Interesse geboten ist[4], enthält § 823 Abs. 1 BGB eine allgemeine Bestimmung, die die Freiheit gegen widerrechtliche Eingriffe schützt.

---

1) Diese Formulierung wurde an Stelle des Vorschlags des Redaktionsausschusses gewählt, der lautete: "Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt". Vgl. v. Mangoldt-Klein, Bd. I, Art. 2 Anm. III 3

2) vgl etwa BVerfGE 4, 7, 15; 6, 32, 36; 6, 389, 433; 7, 89, 92; 7, 111, 119; 9, 3, 11; 9, 83, 88; 10, 89, 99; 12, 341, 347; 20, 150, 154; Hamann, GG, Art. 2 Anm. B 3 b; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 2 Anm. III 6 c; Maunz-Dürig, GG, Art. 2 I Rdnr. 11; Nipperdey-Wiese, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Grundrechte, IV 2, S. 768; Rupp, NJW 66, 2037 f

3) vgl. §§ 234 ff, 263 StGB (letzterer schützt die Freiheit der Willensbildung)

4) vgl. oben S. 4 FN 3

Die herrschende Lehre[1] legt diese Bestimmung im Anschluß an die Rechtsprechung des RG[2] sehr eng aus. Nach ihr fällt darunter nur die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit sowie die Nötigung zu einer Handlung durch Gewalt oder Bedrohung, also nicht die allgemeine Handlungsfreiheit, insbesondere nicht die wirtschaftliche (gewerbliche) Betätigungsfreiheit als solche.

Im älteren Schrifttum[3] wurde der Begriff der "Freiheit" in § 823 Abs. 1 BGB weit gefaßt. Ein Teil der neueren Literatur ist dem gefolgt.[4]

Dabei wird übersehen, daß die allgemeine Handlungsfreiheit mit den subjektiven Rechten und den Lebensgütern der Person insofern nicht vergleichbar ist, als ihr deren Begrenztheit fehlt. Sie auch nur gegen bestimmte Handlungen zu schützen, heißt im Grunde eine neue schadensrechtliche Generalklausel schaffen, auf die dann zurückgegriffen werden kann, wenn es an der Beeinträchtigung eines anderen Rechts fehlt.

---

1) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 945; Palandt-Gramm, BGB, § 823 Anm. 4; BGB RGRK-Haager, § 823 Anm. 14; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 157; Michaelis in Person und Recht, S. 40, 43; Nipperdey in Die Grundrechte, Bd. II, S. 41; Festschrift für Sitzler, S. 79, 85; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 823 Anm. 23; Stoll, AcP 162 (1963), 203, 214; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S 72 I b; NJW 58, 827, 829; Hartmann, NJW 62, 12, 14; Löffler, NJW 62, 225; Münzel, NJW 60, 2025, 2027. Die enge Auffassung kann sich auf die historische Entwicklung des Schmerzensgeldes bei Freiheitsverletzungen aus der "Sachsenbuße" stützen. Vgl. Seng, ArchBürgR 5, 338; Nörr, AcP 158, 1, 13 FN 74

2) RGZ 48, 114, 123; 51, 369, 372; 58, 24, 28; 100, 213, 214; RG JW 1908, 679; (abweichend: RGZ 97, 342, 347); BGHZ 26, 349, 355; vgl. auch Mugdan II 446 f

3) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 168; Heller, Der privatrechtliche Schutz der Freiheit, S. 20; v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 24 f; Endemann, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., § 200 Anm. 28; v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 710; Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 148 III d

4) E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 683 f; JuS 68, 77, 79; AcP 170 (1970), S. 212 f; Leinemann, Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, S. 27 f, 82 f; 92 f; ArbuR 70, 289, 296 f; Heckelmann, ArbuR 70, 166, 173; Kimm, Streikpostenstehen, S. 35 f; Nörr, AcP 158 (1959/60), 1, 12 f; Würdinger, WuW 53, 733; Staudinger-Engelmann, BGB, 9. Aufl., § 823 Anm. II A 2 c; Benkard, GRUR 50, 485

Wollte man dennoch unter "Freiheit" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB den gesamten Bereich der ungestörten Willensbetätigung verstehen, so wäre auch die Grenze zu bestimmten Ausformungen des Persönlichkeitsrechts fließend.
Es ist daher besser, den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht aus dem Freiheitsbegriff der §§ 823 Abs. 1 und 847 BGB, sondern aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht[1] bzw. aus dem "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"[2] hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung herzuleiten.

Wird der Unternehmer durch Demonstranten in seiner gewerblichen Betätigung beeinträchtigt, so kann er sich, wenn keine Nötigung durch Gewalt oder Bedrohung[3] vorliegt, nicht auf eine Verletzung des Rechts auf "Freiheit" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB berufen.

II. Verletzung des Eigentums, § 823 Abs. 1 BGB

Beschädigen oder zerstören Demonstranten betriebliche Sachmittel und wird dadurch der Betrieb des Unternehmens gestört, so ist Anspruchsgrundlage für den durch diese Eigentumsverletzung verursachten Schaden § 823 Abs. 1 BGB.[4]

Das gilt auch, wenn dem Unternehmen der Besitz an dem Sachmittel entzogen wird, ebenso bei einer sonstigen Behinderung des dem Unternehmen zustehenden Gebrauchs. Denn jede Beeinträchtigung der dem Eigentümer ausschließlich vorbehaltenen Sachherrschaft verletzt sein Eigentum, die nicht im Rahmen eines dem Eigentümer gegenüber

---

1) für die Anerkennung eines solchen Rechts haben sich u.a. ausgesprochen: Bonner-Kommentar-Wernicke, Art. 2 Anm. II 1 a; Staudinger-Coing, BGB, 11. Aufl., Anm. 19 vor § 1; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 101 I 1 und 2; Kaufmann, JuS 63, 374
2) s. unten S. 193 f
3) s. oben S. 34 ff, 39 f, 42 ff
4) so ausdrücklich BGHZ 41, 123, 127; vgl. auch BGHZ 8, 387; BGH GRUR 60, 550

wirksamen Rechts[1] gelegen ist.[2] § 823 Abs. 1 BGB verlangt keinen Angriff auf den Bestand des Eigentums.[3]

III. Besitz und Anwartschaftsrecht

Ist der Unternehmer (bzw. das Unternehmen) hinsichtlich des betroffenen Sachmittels nicht Eigentümer, sondern Vorbehaltskäufer[4] bzw. auf Grund Miete oder Pacht zum Besitz berechtigt, so ergibt sich der Schadensersatzanspruch ebenfalls aus § 823 Abs. 1 BGB, da auch das Anwartschaftsrecht und der Besitz als "sonstige" Rechte unter diese Vorschrift fallen.

Einerseits baut der Besitz auf einem bloß tatsächlichen Verhältnis, dem äußeren Haben der Sache, auf.[5]

---

1) z.B. zum Besitz, zum Gebrauch oder zur Nutzung
2) Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 408; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 14. Aufl., § 234 I 1 a
3) Wer beim Sandkippen Sand auf ein fremdes Grundstück wirbelt, greift dessen Bestand nicht an, trotzdem haftet er aus § 823 Abs. 1 BGB. Vgl. RGZ 60, 140
4) RGZ 170, 1, 6; BGH LM § 823 (Ad) Nr. 1; BGHZ 45, 186, 187; BGH NJW 71, 799, 800; Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 57 f; Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, S. 160 f; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. I, S. 243 f, 274 f; Schramm, NJW 66, 2153; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., S. 404; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 82 f, 91. Das Bedenken von Wolff-Raiser (Sachenrecht, § 2 Anm. 17), daß dann dem Vorbehaltskäufer und Verkäufer konkurrierende Ansprüche zuständen, ist durch entsprechende Anwendung der §§ 1065, 1227 BGB auf die Ansprüche des Vorbehaltskäufers zu lösen. Vgl. dazu v. Caemmerer, aaO., S. 82
5) Der Besitzschutz gilt der Besitzordnung, die den Rechtsfrieden zu wahren hat. Das ist heute hM im Streit um die sog. Besitztheorien. Vgl. dazu Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 17; Westermann, Sachenrecht, § 8, 3 a; Pawlowski, Der Besitzschutz, S. 11 f; Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., S. 223 f; Medicus, AcP 165 (1965), 115, 118; Heck, Grundriß des Sachenrechts, S. 12 f, 485 (vertritt die sog. Kontinuitätstheorie).

Folge der Anerkennung einer Rechtsposition als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist, daß dem Inhaber bei Verletzung derselben Schadensersatzansprüche gewährt werden. Dazu ist aber erforderlich, daß diese Rechtsposition ihrem Inhaber die Befugnis zur wirtschaftlichen Ausnutzung zuspricht oder wenigstens bezweckt, ihn vor einem Vermögensschaden zu bewahren. Dieser Aspekt spricht dagegen, den Besitz als "sonstiges" Recht zu behandeln. Andererseits sichern die gesetzlichen Normen dem Besitzer aber auch die vermögenswerte Benutzung der Sache. Das gilt zwar insbesondere für den berechtigten Besitzer, aber auch der nichtberechtigte Besitzer kann die Nutzungen behalten, wenn er gutgläubig und nicht verklagt ist, §§ 987 ff BGB. Nach § 1007 BGB kann er die Sache, wenn man sie ihm entzogen hat, von einem Dritten zurückverlangen. Unter diesem Gesichtspunkt steht der Besitz "in der Rechtswirklichkeit" dem subjektiven Recht weitgehend gleich.[1)]
Der Besitz wird daher grundsätzlich als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.[2)]

---

1) so Westermann, Sachenrecht, § 8, 4

2) Entsprechend heben auch schon die Motive (Mot. III, 110) hervor, eine derart absolut geschützte Rechtsstellung wie die durch den Besitz begründete genüge für die Anwendung des § 704 II Entwurf I (der dem § 823 Abs. 1 BGB gleicht). RGZ 59, 326, 328; 91, 60, 65; 102, 344, 347; 105, 213, 218; 170, 1, 6; RG Gruchot 50, 968; RG Recht 1915, Nr. 2487; RG JW 31, 2904, 2906; BGHZ 32, 194, 204; BGH BB 54, 426; NJW 62, 1342; BGH NJW 68, 356 (zum strafrechtlichen Schutz des Besitzes); Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 16 I 3; Staudinger-Seufert, BGB, Vorbem. § 854 Rdnr. 10; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 234 I 1 c; Wieser, JuS 70, 557, 559; NJW 71, 597 f; Ballerstedt, JuS 65, 272, 273. Eine verbreitete Meinung gewährt diesen Deliktsschutz nur dem berechtigten Besitzer. Vgl. Siber, Schuldrecht, S. 451; Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 15; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 81 f; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., § 72 I (S. 459); Fikentscher, SchuldR, § 103 I 5 g; Baur, SachenR, 4. Aufl., § 9 V 1; Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 62 FN 148; Diederichsen, Recht zum Besitz, S. 64. Noch weiter differenzierend: Medicus, Bürgerliches Recht, § 24 II a; AcP 165 (1965), 115 f; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 II 2 a; Soergel-Zeuner, BGB, 10. Aufl. § 823 Rdnr. 43.
Raiser, Summum ius, S. 145,155, spricht der Besitzerstellung jeden Zuweisungsgehalt ab und meint, daß deliktischer Schutz allenfalls über § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 BGB gewährt werden könne. Vgl. auch Schick, Besitzschutz nach § 823 Abs. 1 BGB?, Diss. Tübingen 1967, S. 27 f, 48, 76 f; offengelassen: Eichler, Institutionen des Sachenrechts, Bd. II/1, S. 4

Der Unternehmer kann sowohl nach § 823 Abs. 1 BGB als auch - bei verbotener Eigenmacht - nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 BGB Ersatz aller Schäden verlangen, die ihm aus der Besitzbeeinträchtigung entstanden sind.[1)]

Wird aber das betriebliche Sachmittel nicht zerstört, beschädigt oder entzogen, sondern wird der Unternehmer als Eigentümer oder Besitzer in seiner Bewegungsfreiheit beeinträchtigt, so daß er mit der Sache nicht nach Belieben verfahren kann, dann handelt es sich nicht um eine Verletzung des Eigentums bzw. Beeinträchtigung des Besitzes. Die Beeinträchtigung muß nämlich Folge einer (körperlichen) Einwirkung auf die Sache bzw. auf den Besitz selbst sein.[2)] In einem solchen Fall geht es nicht um das Sachmittel bzw. den Besitz, dem Schutz zu gewähren ist, sondern um die Unternehmertätigkeit, die auf das Sachmittel angewiesen ist.

---

1) zu § 823 Abs. 2 iVm § 858 BGB vgl. oben S.53 ff

2) RGZ 57, 239, 241; RG HRR 1934, 803; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 234 I 1 a; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 146; Buchner, S. 147; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens, S. 157: "Die Entziehung des Gebrauchs ist Störung der Vermögensfunktion des beschädigten Gebrauchsgegenstands. ... Tritt die Beeinträchtigung des Gebrauchs dagegen nicht durch einen Eingriff in die gegenständliche Gütersphäre ein, sondern durch einen Ausfall des genießenden Subjekts selbst, so ist zwar auch die Beziehung zwischen Subjekt und Vermögensobjekt beeinträchtigt, aber in der subjektiven und nicht in der gegenständlichen Sphäre".

6. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Der Bundesgerichtshof bejahte in den beiden Demonstrationsschäden-Entscheidungen vom 30. 5. 1972[1] eine Schadensersatzpflicht der Demonstranten wegen rechtswidrigen, schuldhaften Eingriffs in das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht des Unternehmers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Die Anspruchsgrundlage des sog. Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist vom Reichsgericht mit der Zielsetzung entwickelt worden, unter erleichterten Voraussetzungen Schutz vor unmittelbaren Eingriffen in den Gewerbebetrieb durch Wettbewerbshandlungen zu gewährleisten.[2] Die spätere Rechtsprechung dehnte dieses sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einer generalklauselartigen Anspruchsgrundlage für mannigfaltige Unternehmensbeeinträchtigungen aus.[3] Geschützt wird der Gewerbebetrieb in allen seinen Ausstrahlungen und Erscheinungsformen.[4] Darunter sei alles zu verstehen, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebs ausmache.[5]

Trotz ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei dem Recht am "Gewerbebetrieb" oder, wie sich das Schrifttum vielfach ausdrückt, am "Unternehmen"[6] um ein ungeklärtes Gebiet des Deliktsrechts.

Die Unklarheit betrifft schon den in § 823 Abs. 1 BGB nicht genannten Begriff des Gewerbebetriebs.

---

1) BGH NJW 1972, 1366 und 1571
2) vgl. RGZ 22, 93; 28, 238; 56, 271; 58, 24
3) statt vieler, ganz vorwiegend BGH NJW 52, 660, 661
4) BGH aaO.
5) BGH NJW 57, 630, 631
6) Die Rechtsprechung spricht stets vom Schutz des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb". Das Wort "Unternehmen" wird hier synonym gebraucht.

I. Begriff des Gewerbebetriebs

Der Begriff des Gewerbebetriebs in den verschiedenen Rechtsgebieten - Handels-, Aktien-, Gewerbe-, Wettbewerbs-, Steuerrecht usw. - ist umstritten. Bisher gibt es noch nicht eine allgemein anerkannte einheitliche Definition.[1] Der Grund hierfür ist, daß die Funktionen des Gewerbebegriffs in den einzelnen Rechtsgebieten zu verschieden sind.

Der Begriff des "Handelsgeschäfts" im Sinne der §§ 22 ff HGB bestimmt sich nach den Bedürfnissen des Handelsrechts und die darauf beruhende Abgrenzung in § 1 HGB.[2]

Der Schutzzweck der Vorschriften über verbundene Unternehmen zugunsten der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger ist für die Auslegung des Unternehmensbegriffs des Aktienrechts (§§ 15 ff AktG) maßgeblich.[3] Sicherheitsrechtliche Gesichtspunkte sind für die Auslegung des Gewerbebegriffs im Sinne der Gewerbeordnung entscheidend.[4]

Ausdrücklich weist die ständige Rechtsprechung[5] bei der Auslegung des Gewerbebegriffs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf hin, daß dieser nicht den gleichen Sinn hat wie derjenige anderer Gesetze. Für den

---

1) Hubmann, ZHR 117, 41 f; E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 669 f

2) Capelle, Handelsrecht, 13. Aufl., München 1969, S. 8

3) Möhring, NJW 67, 1; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968, § 15 Anm. 3; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 108; Kropff, BB 65, 1285; Bernhardt, BB 66, 679; Brauksiepe, BB 66, 871

4) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 12. Aufl., München 1964, Einl. Anm. 86 ff

5) BGHZ 31, 105, 109; 36, 91, 103; KG WuW OLG 322; Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln 1963, § 1 Anm. 2; Haberkorn, GRUR 62, 449

Unternehmensbegriff ist der Gesetzeszweck entscheidend, der beim GWB dahin geht, die Wettbewerbsfreiheit sicherzustellen, indem die der Bedarfsdeckung dienenden Tätigkeitsbereiche von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten freigehalten werden.[1)]

Nach fiskalischen Erwägungen, nach Gesichtspunkten der Steuergerechtigkeit richtet sich der Begriff des Unternehmens im Sinne des Umsatzsteuergesetzes, des Gewerbebetriebs im Sinne des Gewerbesteuerrechts und des gewerblichen Unternehmens im Sinne des § 15 Ziffer 1 EStG.[2)]

Wie ist ein Presseunternehmen unter dem Aspekt des Gewerbebetriebs zu beurteilen? Ein solches Unternehmen ist keine wirtschaftliche Leistungseinheit, sondern es ist - zumindest zugleich - eine Institution mit öffentlichen Aufgaben: der Information der Öffentlichkeit. Diese - nach Ansicht der Demonstranten verletzte - Aufgabe ist Anlaß der Blockade, nicht die wirtschaftliche Betätigung.[3)] Es könnte daher fraglich sein, ob nicht die öffentliche Funktion des Presseunternehmens den Erwerbszweck und damit zugleich auch ihren hieraus begründeten Schutz in den Hintergrund drängt; denn es wird von der Rechtsprechung nur Ersatz für eine rechtswidrige Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb, nicht dagegen eine Kompensation für die Verletzung der Pressefreiheit zugesprochen. Eine solche Zurückdrängung des Erwerbscharakters von Presseunternehmen besteht aber solange nicht, wie die Presse nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen in wirtschaftlichen Unternehmen organisiert ist und nach diesen Grundsätzen bestehen muß.[4)]

---

1) Götz, JuS 63, 284, 287; Rittner, DB 57, 1092; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 108; Bache, NJW 71, 126; KG WuW OLG 322, 323

2) Pflückebaum-Malitzky, Umsatzsteuergesetz, 8. Aufl., Berlin 1958, §§ 1-3 Anm. 28 ff, 105 ff; Müthling, Gewerbesteuergesetz, 2. Aufl., München 1965, § 2 Ziff. 2, 3; Blümlich-Falk, Einkommensteuergesetz, 9. Aufl., Berlin 1964, § 15 Ziff. I 2; BFH NJW 61, 1279; BVerfG NJW 62, 435 (fiskalischer Zweck); BVerfG NJW 57, 417 (Steuergerechtigkeit)

3) BGH NJW 72, 1366; 72, 1571

4) Arndt, NJW 64, 1310, 1313; Helle, NJW 64, 1497, 1502; Kübler, Wirtschaftsverfassung und Meinungsfreiheit, S. 7; Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 199

Es besteht heute eine überwiegende Einigkeit dahin, daß sich angesichts der verschiedenen Zwecke, die die einzelnen Gesetze verfolgen, eine befriedigende umfassende Definition nicht finden läßt.[1)]
Durch diese "Relativität des Rechtsbegriffs"[2)] "Unternehmen" bzw. "Gewerbebetrieb" wird nicht die Einheit der Rechtsordnung gestört. Denn dieser Grundsatz gebietet allein, Wertungswidersprüche zu vermeiden. Die verschiedenen, am jeweiligen Gesetzeszweck orientierten Begriffe sind hierzu besser geeignet als ein einheitlicher Unternehmens- bzw. Gewerbebegriff.[3)]

Für die Beurteilung des deliktischen Unternehmensschutzes ist das Fehlen eines einheitlichen Unternehmensbegriffs daher auch nicht relevant. Ein über die Vorschriften des BGB und des UWG hinausgehender Unternehmensschutz ist vielmehr ein Problem der Abgrenzung der wirtschaftlichen Belange des Unternehmers mit dem gegenüberstehenden Interesse der Allgemeinheit an allgemeiner Handlungsfreiheit.[4)] Es handelt sich also um eine Frage der Interpretation der §§ 823 ff BGB, erforderlichenfalls einer Fortbildung des Rechtsschutzes im Wege richterlicher Rechtsfindung, und nicht der Begriffsbestimmung des "Gewerbebetriebs".
Für eine sachgerechte Abgrenzung der widerstreitenden Interessen ist es zunächst notwendig, das Wesen des Unternehmens darzustellen, insbesondere diejenigen Güter und Interessen, die mit einem Gewerbebetrieb im Zusammenhang stehen können, die seinen Wert begründen, die aber auch seine Verletzbarkeit bedingen.

---

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 105; E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 670; Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, Bonn 1942, S. 5 f; Ballerstedt, JZ 51, 486, 492; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., S. 261/263; D. Schmidt, NJW 59, 1070; Möhring, NJW 67, 1; Gieseke, Festschrift für Heymann, S. 112, 118; BGHZ 31, 105, 109
2) Engisch, Einheit, S. 45 f; Einführung, S. 78, 157/158; R. Müller-Erzbach, IherJahrb. 61 (1913), 343; Larenz, Methodenlehre, S. 302 f; Esser, Vorverständnis, S. 99; Zippelius, Das Wesen des Rechts, Kap. 23 c; JZ 70, 241, 242; BGHSt 5, 263
3) Buchner, S. 18; BVerfG NJW 62, 435 (zum Verhältnis des Steuerrechts zum bürgerlichen Recht, insbesondere zu Fragen gesellschaftlicher Gestaltungen)
4) so schon Müller-Erzbach, ZHR 71, 417, 423

II. Wesen des Gewerbebetriebs

Einen Rechtsschutz des Unternehmens aus seinem Wesen zu begründen, wurde von der Rechtswissenschaft immer wieder versucht.

1. selbständiges Rechtssubjekt

Endemann[1] will dem Unternehmen als solchem eine eigene Existenz zuerkennen. Das Unternehmen selbst soll Rechtssubjekt sein, also Träger von Rechten und Pflichten.
In ähnliche Richtung gehen auch die Ausführungen von Thomas Raiser.[2] Aufgrund einer Auslegung mehrerer gesetzlicher Vorschriften versucht er die Rechtsentwicklung in Richtung auf eine Anerkennung des Unternehmens als juristische Person als bereits weitgehend gediehen aufzuzeigen.[3] Da aber der gegenwärtige Rechtszustand noch zu uneinheitlich und widerspruchsvoll sei, will auch er eine eigene Rechtspersönlichkeit des Unternehmens als geltendes Recht noch nicht anerkennen.[4]
Rechtssubjektivität im Sinne von Zuordnungssubjektivität[5] kann aber nur angenommen werden, wenn und soweit die Rechtsordnung Rechte und Pflichten positivrechtlich zuordnet.[6]

---

1) Deutsches Handelsrecht, 4. Aufl., S. 55. Er gesteht aber die Unmöglichkeit, die Anerkennung einer Rechtspersönlichkeit des Unternehmens aus dem Zivilrecht zu begründen, ausdrücklich ein (aaO. S. 58).
2) Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969
3) aaO. S. 27 ff
4) aaO. S. 166; vgl. auch Hermann Krause, Unternehmer und Unternehmung, Mannheim 1959, S. 13 f. Auf S. 21 stellt er fest, daß er das Unternehmen selbst nicht als Rechtssubjekt ansieht.
5) definiert als die Eigenschaft eines Menschen oder eines anderen sozialen Substrats, Zuordnungsobjekt mindestens eines Rechtssatzes zu sein; vgl. H. J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., § 32 III a
6) H. J. Wolff, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933, S. 187 f; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, München 1963, S. 52; Bachof, AöR 83, 26o f; Lehmann-Hübner, BGB AT, 16. Aufl., S. 84; Forsthoff, Verwaltungsrecht AT, 9. Aufl., § 10, 2; § 24 II 1; Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (unveränderter Nachdruck 1948), S. 157

Da dies für das Unternehmen nicht geschehen ist, kann es nicht Zuordnungssubjekt sein.[1)]
Wenn heute, insbesondere in Wirtschaftsgesetzen, das Unternehmen immer mehr Gegenstand gesetzlicher Regelung, insbesondere zum Anknüpfungspunkt von Verhaltenspflichten wird,[2)] so geschieht dies stellvertretend für den Rechtsträger und bedeutet nicht, daß es selbst als Adressat der Normen aufzufassen ist.[3)] Der Besitz oder Betrieb eines Unternehmens ist nur tatbestandsmäßige Voraussetzung dafür, daß die Rechtsvorschriften eingreifen. Adressat ist also der Träger des Unternehmens.[4)]
Wenn der BGH[5)] nicht mehr wie das RG[6)] von der Behinderung des Gewerbetreibenden, sondern vom Funktionieren des Unternehmens spricht, so darf das nicht dazu führen, den Inhaber des Unternehmens nicht mehr als den alleinigen Bezugspunkt des Rechtsschutzes anzusehen.[7)]

2. einheitliches Rechtsobjekt

Ausgangspunkt der Untersuchungen der Güter und Interessen des Gewerbebetriebs ist in der Rechtswissenschaft sein

---

1) so die fast einhellige Meinung: Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 109; Wieland, Handelsrecht, Bd. 1. München 1921, S. 245; Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festschrift für Ehrenberg, S. 1, 22
2) In § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG wird zwar auf das "Unternehmen" Bezug genommen, aber in § 291 Abs. 1 Satz 2 AktG wird ausdrücklich davon gesprochen, daß eine Aktiengesellschaft "ihr Unternehmen führt".
3) P. Ulmer, Unternehmensbegriff im EGKS-Vertrag, S. 48
4) Buchner, S. 5; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 109: "Eine natürliche Person ist kein Unternehmen, sondern hat ein Unternehmen. Auch bei personifizierten Gesellschaften muß die juristische Person als Rechtsträger von dem betriebenen Unternehmen unterschieden werden".
5) vgl. BGHZ 29, 65, 70
6) vgl. RGZ 77, 217, 219
7) bedenklich daher die Formulierungen in BGH LM Nr. 4 zu § 823 (Da) BGB

äußeres Bild," seine Erscheinungsform.
Danach ergibt sich eine Dreiteilung[1] in selbständig geschützte Betriebsmittel, unkörperliche Geschäftswerte[2] und unternehmerische Tätigkeit als solche.[3]

a) Werte des Gewerbebetriebs

Die "selbständig geschützten Betriebsmittel" gliedern sich in körperliche Gegenstände - z.B. Grundstücke, Gebäude, Einrichtungen, Maschinen, Fahrzeuge usw. - und in verschiedene unkörperliche Rechte auf. Zu den letzteren gehören insbesondere gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte, Lizenz- und Verlagsrechte an diesen Rechten und Kennzeichenrechte.[4] Schließlich zählen hierzu noch die durch Verträge zu anderen Personen geknüpften Beziehungen, aus denen sich Ansprüche ergeben, so die Beziehungen zu Arbeitnehmern, Lieferanten und Kreditgebern, sowie die in Verträgen konkretisierten Verbindungen mit Kunden.

Die Unternehmensgüter und -interessen, die zur Gruppe der "unkörperlichen Geschäftswerte" gerechnet werden, sind jeglicher Eigenexistenz unfähig und hängen auf das engste mit dem Unternehmen zusammen.

---

1) vgl. J. v. Gierke, Das Handelsunternehmen, ZHR 111 (1948), 1, 7; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41, 45 f
2) Diese "unkörperlichen Geschäftswerte" sind streng zu unterscheiden von den unkörperlichen Gütern des Unternehmens, die einen selbständigen Schutz durch das Recht genießen.
3) Bei dieser Einteilung wird mit den verschiedensten Begriffen gearbeitet, im Kern aber wird auf das gleiche abgestellt. So unterscheidet z.B. Hubmann (ZHR 117, 41, 50) die äußeren Mittel des Unternehmens, die verobjektivierte Unternehmensleistung, die in bestimmten unkörperlichen, geistigen Gütern ihren Ausdruck findet, und die dauernde Betätigung der Unternehmerpersönlichkeit.
4) Die Kennzeichenrechte können nur bei Bestand des Unternehmens eingetragen, § 1 WZG, und nur zusammen mit dem Unternehmen veräußert werden, § 8 Abs. 1 Satz 2 WZG, § 23 HGB. Bezüglich ihrer Verkehrsfähigkeit sind sie also einer rechtlichen Eigenexistenz nicht fähig. Diese kommt ihnen jedoch hinsichtlich ihres Schutzes durch das Recht gegen unerlaubte Eingriffe zu (vgl. Katzenberger, Recht am Unternehmen). Hinsichtlich des Deliktsschutzes sind sie also zu den selbständigen Betriebsmitteln des Unternehmens zu rechnen.Vgl. Katzenberger, aaO. S. 63 f

Gemeinsames Merkmal ist aber ihr besonderer Wert, der sich vor allem daraus ergibt, daß ein Unternehmen, in dem mit ihnen ungestört gearbeitet werden kann, einen wesentlich größeren Wert darstellt, als ihn die Summe seiner als äußere Betriebsmittel zu bezeichnenden Bestandteile ergibt.[1] Dies zeigt sich auch bei einer Liquidation eines Unternehmens, bei der diese Werte für immer verloren gehen, da sie nicht erfaßt werden können.[2]

Die Gruppe der "unkörperlichen Geschäftswerte", die die verschiedenartigsten Güter und Interessen umfaßt, wird allgemein in zwei Bereiche unterteilt, die innere Ordnung (Organisation) und äußere Vertrauenswerte (geschäftlicher Ruf, soq. good will).[3] Zur inneren Ordnung[4] zählem Art und Weise der Ausnutzung der zur Verfügung stehenden Mittel, Einsatz und Anleitung der Mitarbeiter, Betriebsfrieden, Sammlung von Produktions- und Geschäftserfahrungen, insbesondere von Betriebsgeheimnissen und Kundenlisten. Diese Werte tragen entscheidend dazu bei, daß der dem Unternehmen gesetzte Zweck möglichst rationell erreicht wird.

---

1) Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, S. 15; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41, 50; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S.115; Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S. 3

2) Buchner, S. 14; Müller-Erzbach, JZ 52, 192, 196; Wieacker, AcP 148, 61, 78 will das Unternehmen gegen einen solchen Entzug dieser Werte durch eine Erweiterung des Katalogs des § 811 ZPO schützen.
Im deutschen Recht bestand hinsichtlich des Erwerbsunternehmens von Privateisenbahnen eine Ausnahme. Nach dem preußischen Gesetz vom 19. August 1902 war ein solches Unternehmen in einem bestimmt abgegrenzten Umfange zu einer Einheit zusammengeschlossen, die selbständig als solche dem Rechtsverkehr unterlag und der Zwangsvollstreckung unterworfen war (vgl. RG JW 1909, 202). In Österreich besteht die Möglichkeit einer Exekution durch Zwangsverwaltung, §§ 341 ff Gesetz vom 27. 5.1896 Über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (RGBl. Nr. 79). Vgl. dazu Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, S. 26 ff.

3) Müller-Erzbach, JZ 52, 192, 193; Hubmann, ZHR 117, 41, 49 f; Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, S. 19 f

4) Diese Werte werden deswegen zur "inneren Ordnung" gerechnet, weil sie völlig im Innern des Unternehmens wirken, also nicht auf Beziehungen zu betriebsfremden Personen beruhen.

Die Vertrauenswerte beruhen auf besonders gearteten, nicht in Verträgen konkretisierten Beziehungen des Unternehmens zu betriebsfremden Personen. Hierzu gehören der Ruf des Unternehmens und seiner Erzeugnisse, der "good will", seine Werbekraft, das Verhältnis zu Lieferanten, Kreditgebern usw.

Der Gewerbebetrieb ist aber auch Ausdruck der Unternehmenstätigkeit.[1] In der Setzung des wirtschaftlichen Zwecks und in der Bindung der jeweiligen Unternehmensbestandteile tritt diese unternehmerische Tätigkeit als weiterer Wertfaktor zutage. Denn die Eigenart des Unternehmens als Konglomerat von immateriellen Werten und tatsächlichen Beziehungen, sowie von Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten beruht ja gerade auf dem Zusammenspiel der sachlichen und persönlichen Elemente. Die Unternehmenstätigkeit verleiht dem Unternehmen den "dynamischen Charakter".[2] Sie ist die Kraft, die es funktionsfähig hält, es wachsen läßt und den fortschreitenden Veränderungen des Wirtschaftslebens anpaßt. Nur vermöge der im Unternehmen immer wieder zum Einsatz gelangenden Unternehmenstätigkeit kann es bestehen.[3]

---

1) "Unternehmenstätigkeit" im Sinne der Betriebstätigkeit des Unternehmensinhabers im bestehenden Unternehmen, nicht der "wirtschaftlichen Betätigung" schlechthin. Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 104. Ohne Bedeutung ist es, ob das Unternehmen von einer natürlichen Person, einer Personengesellschaft oder einer durch ihre Willensorgane handelnden juristischen Person betrieben wird.

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 104; Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 15, bezeichnet das Unternehmen als ein mit funktionaler Dynamik erfülltes Rechtsgebäude; vgl. auch Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 192

3) Hubmann, ZHR 117(1955), 41, 44; Larenz, BGB AT, S. 300; Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, S. 240; J. v. Gierke, ZHR 111 (1948), 1, 7; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 104, 110; Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 129

b) Gewerbebetrieb als Konglomerat statischer und dynamischer Elemente

Heute ist überwiegend anerkannt, daß zwischen einer rein statischen Betrachtungsweise[1] und einer Auffassung, die das funktionale, dynamische Element im Unternehmen als wesentlich ansieht[2], kein Widerspruch besteht.[3]
Das Unternehmen hat Gutsqualität und ist auch als Funktion zu sehen. Beide sind in ihm eine enge, unauflösliche Verbindung eingegangen. Seine Eigenart besteht ja gerade darin, daß es immaterielle und materielle Werte bindet, selbst aber eine unkörperliche höhere Werteinheit darstellt[4], die "hinter den Einzelwerten zu suchen" ist.[5]
Insbesondere hinsichtlich des Deliktsschutzes hat der Unternehmer sowohl ein Interesse an der Erhaltung der durch seine Betätigung geschaffenen Werte als auch an dem ungestörten Funktionieren des Betriebs, da nur so die geschaffenen Werte erhalten, vermehrt und wirtschaftlich genutzt werden können. Diese Ansicht, die die Interessen am funktionalen und statischen Element anerkennt, wird auch in der Rechtsprechung[6]

---

1) Auch die Vertreter dieser Betrachtungsweise erblickten das Wesen des Unternehmens nicht in der Summe der einzelnen Bestandteile, sondern in den sich in ihnen befindlichen immateriellen Werten. Vgl. Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, S. 18; Müller-Erzbach, ZHR 71, 417 f.
Es wurde als ein Immaterialgüterrecht, vergleichbar den Gegenständen des Urheber- und Patentrechts, angesehen. Vgl. Hueck, aaO., S. 18; R. Isay, Recht am Unternehmen, S. 24 f; Wolff-Raiser, § 79 II 1; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 940.
Einzelne Autoren identifizierten das Unternehmen geradezu mit den immateriellen Werten. Vgl. Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S. 23; Pisko, Das Unternehmen, S. 19.
2) Schramm, Grundlagenforschung, S. 38; E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 683 ff
3) Schippel, S. 20 f; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41 f; Gieseke, Beiträge, S. 36, 37; Puttfarken, GRUR 62, 500; Deutsch, JZ 63, 385, 386; Fikentscher, SchuldR, § 103 II 1 (S.565)
4) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 110
5) E. Ulmer, Warenzeichen, S. 4; Westermann, SachenR, § 2 II2
6) vgl. BGHZ 3, 270, 279; 8, 142, 144; 29, 65, 69 f; 36, 252, 257; 45, 296, 306; BAG NJW 64, 1291, 1292

vertreten. Sie kommt z.B. in der Formel vom Schutz des durch die unternehmerische Betätigung geschaffenen "Tätigkeitskreises" zum Ausdruck, also einer Tätigkeit (funktionales Element) innerhalb des durch sie geschaffenen Bereichs (statisches Element).

Das Unternehmen stellt sich also als eine "Wirtschaftseinheit"[1] dar. Dieser aus der Betriebswirtschaft entlehnte Begriff sagt aber nichts für die rechtliche Erfassung des Unternehmens aus. In der Rechtswissenschaft ist immer wieder versucht worden, diese wirtschaftliche Einheit auch als eine rechtliche Einheit, insbesondere als ein einheitliches Rechtsobjekt zu begründen.
Ohmeyer[2] wertet das Unternehmen wegen des einigenden Moments der Organisation als ein besonderes Rechtsobjekt, das im Gegensatz zur Summe seiner Bestandteile stehe. Zum gleichen Ergebnis gelangt auch Martin Wolff[3], indem er das Handelsunternehmen, das auch nach ihm mit dem Handelsvermögen nicht identisch ist, als Objekt eines einheitlichen Rechts, und zwar eines absoluten Herrschaftsrechts ansieht.[4] Brecher[5] will aus einer Wesensschau des Unternehmens und

---

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 104
2) Das Unternehmen als Rechtsobjekt, S. 20 f(allerdings nur für die Zwangsvollstreckung)
3) Festgabe für O. v. Gierke, Bd. 2, S. 121 FN 15. Aus der Qualität des Unternehmens als Objekt eines einheitlichen Rechts will er auch dessen Rechtsschutz über § 823 Abs. 1 BGB begründen.
4) Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 42, will die "unkörperlichen Geschäftswerte" als Schutzobjekt des Rechts am Unternehmen, als im Unternehmen verkörpertes Immaterialgut werten.
Pisko, Das Unternehmen, S. 19, sieht in der Organisation der Produktionsmittel und der gesicherten Absatzgelegenheit als das Unternehmen im objektiven Sinn und betrachtet die sachlichen Mittel des Unternehmens nur als dessen Zubehör. (dagegen: Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, S. 17)
5) Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 128 f, 130; zustimmend: Rittner, Recht und Staat, Bd. 261/262, S. 17, schließt aufgrund einer Wesensbetrachtung des Unternehmens, daß es vom Recht objektiviert und auch als Objekt geschützt wird.
E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 676 und JuS 68, 77, 78/79, sieht ebenfalls einen Zusammenhang zwischen Gegenstandsqualität und Rechtsschutz. Das Unternehmen ist aber nicht ein einheitlicher Gegenstand, sondern eine Gesamtheit von Sachen, Rechten und anderen Gegenständen.

dessen Einordnung in den Sachbegriff das Unternehmen als Rechtsobjekt behandelt. Darüber hinaus glaubt er noch auf den Deliktsschutz aus § 823 Abs. 1 BGB schließen zu können.

Demgegenüber besteht in der Rechtswissenschaft[1] überwiegend Einigkeit darin, daß das Unternehmen nach geltendem Recht nicht ein selbständiges Rechtsobjekt, sondern eine Gesamtheit verschiedenartiger Vermögenswerte darstellt.[2] Diese Auffassung entspricht auch der ständigen Rechtsprechung.

3. Folge für den Deliktsschutz

Ob mit der Anerkennung des Unternehmens als einheitliches Rechtsobjekt überhaupt etwas für den Deliktsschutz gewonnen werden kann, ist fraglich.[3]

Ein Rechtsschutz kann noch nicht mit der Möglichkeit, das Unternehmen als Rechtsobjekt zu qualifizieren, bejaht werden. Denn wer von der Qualifikation des Unternehmens als Rechtsobjekt auf dessen Rechtsschutz schließt, "steht nicht einmal mehr auf dem Boden der phänomenologischen Betrachtungsweise, beschränkt sich nicht auf eine Wesensschau des Unternehmens, sondern argumentiert aus Rechtsbegriffen".[4]

---

1) Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S. 128f; Heinrich Lehmann, Handel und Gewerbe, 3. Aufl., Berlin 1943, S. 62 f; J. v. Gierke, ZHR 111 (1948), 1, 16; Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 23; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41, 53; Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, S. 14; E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 673; JuS 68, 77, 78; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 110; Larenz, BGB AT, S. 300

2) RG JW 1909, 202; BGH NJW 68, 392, 393

3) so schon Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, München 1921, S. 252

4) Buchner, S. 12

Auch eine Umgestaltung des Sachenrechts durch den Gesetzgeber derart, daß das Unternehmen als einheitliches Rechtsobjekt zu behandeln sei[1], braucht aber noch nicht unbedingt

---

1) Eine Verfügung über das Unternehmen in einem einheitlichen Akt ist nicht möglich (vgl. RGZ 70, 226, 228; 95, 235, 237; BGH NJW 68, 392, 393; Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 851; Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, S. 264; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 106; Baur, SachenR, 4. Aufl., § 28 II 2; Larenz, BGB AT, S. 300; Westermann, SachenR, 5. Aufl., § 2 II 2; Unternehmens- und Rechtskauf nach BGB und ABGB, Prager Archiv 1944, 59). Das Sachenrecht des BGB behandelt nur Sachen und Rechte als Einzelobjekte und erkennt Bestandteile nur bei Sachen an. Auf Grund des römisch-rechtlichen Einflusses meidet es die Erfassung von Sach- und Rechtsgesamtheiten (zum Begriff der Sach- und Rechtsgesamtheiten vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT, § 131), von komplexen Erscheinungen. Es glaubt mit der Regelung der einzelnen Bestandteile dieser Güter auszukommen (Gieseke, Festschrift für Heymann, S. 112, 117). Ursache dafür, daß das Unternehmen als Inbegriff von Sachen, Rechten, Rechtsverhältnissen und tatsächlichen Verhältnissen nicht Gegenstand eines einheitlichen, an ihm bestehenden Rechts (vgl. RG JW 1909, 202) sein und daher auch nicht durch eine bloße auf das Unternehmen bezogene Einigung übereignet werden kann (BGH NJW 68, 392, 393), ist also eine rechtstechnische.
Für den Übertragungsvorgang beim Unternehmen gilt daher der Spezialitätsgrundsatz, d.h. jeder Bestandteil des Unternehmens muß nach den für ihn geltenden Regeln übertragen werden (Grundstücke durch Auflassung und Eintragung, §§ 925, 926; bewegliche Sachen durch Einigung und Übergabe, § 929; Forderungen durch Abtregung gemäß §§ 398 ff BGB usw. Die Übertragung der unkörperlichen Geschäftswerte - Kundenbeziehungen, Geschäftserfahrung, sonstige Organisationswerte - kann nur durch tatsächliche Akte erfolgen. Vgl. Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S, 115; Baur, SachenR, 4. Aufl., § 28 II 2, 3; Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, 3. Aufl., § 22 Anm. 3). Durchbrochen wird dieser Grundsatz allein bei der "Verschmelzung" von Aktiengesellschaften, §§ 339, 346 Abs. 3 AKtG (Bei einer Verschmelzung geht das Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Einheit auf die übernehmende Gesellschaft über. Individueller Übertragungsakte bedarf es nicht. Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 106; Baur, SachenR, § 28 II 3; BayObLG NJW 67, 52, 54 . Auch sonst kann mittelbar ein "einheitlicher" Unternehmensübergang erzielt werden, wenn die gesellschaftsrechtliche Beteiligung völlig wechselt. Auch wenn in einem solchen Falle Einzelübertragungsakte gar nicht möglich sind, weil die juristische Person als solche unverändert bleibt, so bleibt doch eine tatsächliche "Übertragung" der unkörperlichen Geschäftswerte notwendig).
Auch in der Zwangsvollstreckung wird das Unternehmen nicht als Einheit behandelt. Pfändbar sind nur die einzelnen dem Unternehmen zugeordneten Vermögenswerte (RGZ 70, 226, 228; 95, 235, 237; BGH NJW 68, 392, 393; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, § 20 II 2; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., § 704 Grundzüge Anm. 9; Baur, SachenR, § 28 II2).

Auswirkungen auf die Frage des deliktischen Unternehmensschutzes zu haben.[1)]

Die Frage des Unternehmensschutzes steht nämlich in keiner unmittelbaren Abhängigkeit davon, ob Sachen- oder Vollstreckungsrecht das Unternehmen als rechtliche Einheit behandeln. Maßgebend hierfür sind rein sachen- und vollstreckungsrechtliche Gesichtspunkte, ebenso wie Aspekte des Güterverkehrs dafür bestimmend sind, daß das Unternehmen Gegenstand eines Verpflichtungsgeschäfts sein kann.[2)] Ihnen gegenüber verfolgt der Deliktsschutz ein ganz anderes Anliegen.[3)]

Auch den anderen Vorschriften des BGB oder des HGB, die vom Erwerbsgeschäft, vom Gewerbebetrieb oder vom Handelsgeschäft sprechen[4)], läßt sich ebenfalls für den Deliktsschutz nichts entnehmen.

Diese Vorschriften haben nicht das Unternehmen als Rechtsobjekt zum Gegenstand, sondern betreffen Fragen der Geschäftsfähigkeit, des ehelichen Verwaltungsrechts, der gesetzlichen Vertretungsmacht usw. . Diese gesetzlichen Regelungen verfolgen jeweils ein ganz spezifisches rechtliches Anliegen. Sie gehen dabei von der bestehenden schuld- und sachenrechtlichen Lage aus.[5)]

Die Frage nach einem Deliktsschutz des Unternehmens ist ein Problem der Interpretation des § 823 Abs. 1 BGB, erforderlichenfalls seiner Fortbildung im Wege der richterlichen Rechtsfindung.

---

1) Lehmann, Handel und Gewerbe, S. 67

2) Buchner, S. 15. Objekt eines Kaufvertrags, Pachtvertrags oder ähnlichen Verpflichtungsgeschäfts kann das Unternehmen insgesamt sein. Dies ergibt sich mittelbar aus §§ 22 ff HGB, §§ 581, 613a, 1823 Nr. 3 und 4 BGB, § 122 BetrVerfG. Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 106; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41, 60, 66; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 114 f; Baumbach-Duden, HGB, 18. Aufl., Einf. A I 6; Baur, SachenR, 4. Aufl., § 28 II 1; RGZ 70, 226, 231; BGH NJW 69, 184

3) Zum Zweck des Deliktsrechts s. oben S. 4 ff, 9. Umgekehrt würde die Zuerkennung von Rechtsschutz noch nicht einen Schluß auf die Qualität des Unternehmens als einheitliches Rechtsobjekt zu lassen. Vgl. Larenz, BGB AT, S. 300; Hefermehl, WuW 53, 234

4) vgl. §§ 112, 1431, 1645, 1822 Ziff. 3 und 4, 196 Ziff. 1 BGB; §§ 22 ff HGB

5) Buchner, S. 15 f

III. Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

1. Begriff des "sonstigen"Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

a) subjektives Recht

In der juristischen Terminologie versteht man unter dem Begriff "Recht" einmal - als objektives Recht - den Inbegriff aller Rechtssätze, zum anderen eine dem einzelnen zustehende Rechtsmacht.[1)]
Wenn in § 823 Abs. 1 BGB von dem "Recht eines anderen" die Rede ist, so kann der Begriff nur in der letzteren Bedeutung gemeint sein.

Das "subjektive Recht" gilt als Zentralbegriff des Privatrechts.[2)] Wie immer auch das subjektive Recht definiert wird,[3)] so ist doch unstreitig, daß es in seinem Bestehen und seiner Entfaltungsmöglichkeit von der Anerkennung und dem Schutz durch die objektive Rechtsordnung abhängig ist. Das ist in der Entstehungsgeschichte des subjektiven Rechts stets anerkannt gewesen.
Schon Donellus[4)] betrachtet[5)] als die eigentliche Bedeutung (significatio propria) des Wortes "ius" die "constitutio iubens pro imperio", also das objektive Recht, unter wel-

---

1) vgl. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 112; Enneccerus-Nipperdey, AT, 15. Aufl., Bd. 1, S. 428
2) vgl. Coing, Das subjektive Recht und der Schutz der Persönlichkeit, S. 22; v. Caemmerer, Festschrift für F. v. Hippel, S. 27, 39
3) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, § 37: "von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft konkreten Inhalts"; Ihering, Geist des Römischen Rechts, 3. Teil, § 60 (S. 328): "rechtlich geschütztes Interesse"; Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 132: "Reflex einer Rechtspflicht bzw. des objektiven Rechts"; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 428: "von der Rechtsordnung dem einzelnen verliehene Rechtsmacht"
4) Commentarii de Jure Civili - rec. Johnannes Christophorus Koenig, Ed. sexta, Buch I, Cap. III, Norimbergae 1801
5) aaO. § 2

ches er das ius naturae ebenso rechnet wie das ius civile und das ius praetorium. Ihr stellt er[1] als "significationes aliae minus propriae" in den Angelegenheiten, die sich auf das Recht beziehen (in rebus ad ius pertinentibus) drei weitere Bedeutungen gegenüber, 1. die "ars iuris", 2. das, was jedem vom Recht zugeteilt wird (id, quod cuique tribuitur iure) und 3. als speziellere Form des letzteren (ad specium traducta), die durch das Recht zugeteilte Fähigkeit und Macht (facultas et potestas iure tributa) - in welchem Sinne etwa von ususfructus als dem ius utendi, fruendi oder von der actio als dem ius persequendi gesprochen werde. Das subjektive Recht ist "iure tributa", also vom objektiven Recht zugeteilt.

Zwar rückt bei v. Savigny[2] unter dem Einfluß des Naturrechts der Wille der Person als Grund der im subjektiven Recht verliehenen Macht nach vorn, wenn er erklärt, das Wesen des Rechts bestehe darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen wird, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat. Aber auch für Savigny besteht kein Zweifel, daß es die Rechtsordnung, das objektive Recht ist, welches dem individuellen Willen dieses Gebiet anweist: Das Urteil über das einzelne Recht sei nur möglich durch Beziehung der besonderen Tatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel sei aber das Recht im objektiven Sinne.[3] Erst die Rechtsregel nehme die rechtliche Bestimmung der Beziehung von Person zu Person vor und mache sie zu einem Rechtsverhältnis.[4]

Im gleichen Sinne sieht Windscheid[5] im subjektiven Recht die rechtliche Garantie der Willensfreiheit, was er später dahin präzisiert, daß das subjektive Recht die von der

---

1) aaO. § 3
2) System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 7 ff
3) Savigny, aaO. S. 9
4) Savigny, aaO. S. 333
5) Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 3. Aufl., Düsseldorf 1873, § 37

Rechtsordnung verliehene Willensmacht sei. Das Recht bestehe, so sagt er, nicht dadurch, daß gewollt (ein Wille geäußert) werde, sondern dadurch, daß gewollt (ein Wille geäußert) werden dürfe.[1)]

Wenn aber Ihering[2)] das Wesen des subjektiven Rechts im Interesse der Person, ihrem Anteil an den Lebensgütern erblickt und ihm demzufolge den geschichtlichen Vorrang vor der objektiven Rechtsordnung einräumen will, weil es den Anspruch verkörpere, den jedes menschliche Wesen auf der Stirn trage, kann er aber doch nicht umhin, das subjektive Recht erst durch seine rechtliche Anerkennung als vollendet zu sehen. Zu dem substantiellen Moment des Interesses, sagt Ihering, müsse noch ein formales kommen, nämlich der Rechtsschutz durch die Klage.

Auch Dernburg[3)] räumt ein, daß die Rechtsordnung das subjektive Recht gewährleiste und ausgestalte.

Selbst Hubmann[4)], der die Ableitung des subjektiven Rechts von der objektiven Rechtsordnung leugnet und die Auffassung vertritt, daß es subjektive Rechte auch ohne eine objektive Rechtsordnung geben müsse, anerkennt ausdrücklich, daß dort, wo eine Rechtsordnung besteht, die Rechtssicherheit es erfordert, daß das subjektive Recht, um Rechtsschutz zu erhalten, vom positiven Recht anerkannt sein müsse.[5)]

Ohne die Anerkennung durch das objektive Recht kann es ein subjektives Recht nicht geben. Das ergibt sich auch daraus, daß dem subjektiven Recht des einen immer Rechtspflichten anderer entsprechen[6)], solche Pflichten aber nur durch die Rechtsordnung gesetzt werden können.

---

1) Windscheid, aaO., 4. Aufl., § 37 (S. 91 f)
2) Geist des Römischen Rechts, 3. Teil, § 60 (S. 327 f)
3) Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl., Berlin 1896, S. 85
4) Das Persönlichkeitsrecht, 1. Aufl., S. 110 f
5) aaO. S. 111 f
6) Engisch, Einführung, S. 27; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 82; Larenz, BGB AT, S. 220; Bruns, Festschrift für Nipperdey, S. 3 f; Reinhardt, Karlsruher Forum in VersR 1961 Beiheft, S. 3, 7

Umstritten ist, ob subjektives und objektives Recht nur zwei Seiten derselben Gesamterscheinung sind[1], oder ob die subjektiven Rechte als bloße Reflexe der rechtlichen Gebote und Verbote zu sehen sind.
Geht man davon aus, daß die Rechtsordnung nur "Imperative" setzen kann[2], die Gebote und Verbote des objektiven Rechts allein die Regelung der rechtlichen Beziehungen enthalten können[3], so hat die Rechtsordnung Vorrang im Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Recht.[4]

Bei der Frage, von welcher Art diese "Imperative" sein müssen, um die Position eines subjektiven Rechts zu begründen, ist auf zwei Gesichtspunkte abzustellen.
Diese "Imperative" müssen zunächst so beschaffen sein, daß aus ihnen zugunsten einer bestimmten Person ein Schutz gegen die anderen Rechtsgenossen entsteht. Es muß sich also um Gebote und Verbote handeln, die die allgemeine Handlungsfreiheit der anderen begrenzen, denn der Zweck des subjektiven Rechts ist ja die Wahrung des Interessenbereichs des Begünstigten.

---

1) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 251; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 22; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 30; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, S. 157 Anm. 8; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 204, 222; Goldschmidt, Der Aufbau der juristischen Welt, S. 6, 21, 284; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, § 9 VII; Hans A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, S. 50; Larenz, Methodenlehre, S. 31, 184; H. J. Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 275
2) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 4; Einführung, S. 22, 27, 196/197 (Anm. 9 a); Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 41; Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 130 ff (anders noch: 1. Aufl., S. 25; Hauptprobleme, S. 189 f); Allgemeine Staatslehre, S. 58; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlungen, S. 74
3) August Thon, Rechtsnormen und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 223, 288; Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, S. 3
4) Thon, aaO., S. 3; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 9; Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893, S. 330; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, S. 30; Binder, Philosophie des Rechts, S. 702 f; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 8

Zum anderen müssen die "Imperative" dem Begünstigten die Macht in die Hand geben, die an die anderen Rechtsgenossen zu seinen Gunsten ergehenden "Imperative" auch selbst durchzusetzen. Die Position, die ein subjektives Recht ausmacht, ist also durch die Verleihung selbst durchzusetzender Ansprüche gekennzeichnet.[1)]

Die Gegner der "Imperativentheorie"[2)] fordern, daß die Rechtsordnung von ihrer gewährenden Seite her gesehen werden müsse. Die jeweiligen Verbote und Gebote seien nur Folge der positiven Anordnung, daß der Wille des Rechtsinhabers von der Rechtsordnung innerhalb gewisser Grenzen als allein maßgeblich anerkannt werde. Ihm sei die Bestimmung über den Gegenstand überlassen und er werde dadurch als Person (die sich selbst ihren individuellen Daseinsbereich schafft) bestätigt.[3)]
In den Vorschriften, die ausdrücklich bestimmen, daß der Inhaber einer Rechtsstellung dieses oder jenes Recht habe - z.B. daß der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren könne (§ 903 BGB) - , kann man durchaus den positiven Sinn der Gewährung erkennen. Aus ihnen ergibt sich aber noch nichts über den Umfang der Gewährung und insbesondere dafür, ob und inwieweit der Wille des Rechtsinhabers als allein maßgeblich anerkannt, und das Recht damit gegenüber Dritten geschützt sein soll. Den Zweck des subjektiven Rechts, den individuellen Bereich des Begünstigten zu sichern, kann die Rechtsordnung aber nur durch ihre Gebote und Verbote erreichen. Letzten Endes sind auch die Gegner der "Imperativentheorie" auf den Schluß aus den Geboten und Verboten der Rechtsordnung angewiesen, wie sie insbesondere in den Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen zum Ausdruck kommen.

---

1) so besonders deutlich: Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Inhaltsangabe zu Abschnitt III, § 5 (S. XIV): "Erst die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung (der Anspruch) verleiht ein subjektives Recht". Vgl. auch Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Auf., Berlin 1963, § 10 III; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 252 I 3 d (S. 1o11)
2) vgl. S. 98 FN 1
3) Larenz, Methodenlehre, S. 183; Raiser, JZ 61, 465, 467

Das einzige Mittel, durch das die Rechtsordnung wirken kann, sind also ihre Rechtssätze. Mit ihnen muß sie deshalb auch die subjektiven Rechte bestimmen.
Diese Abhängigkeit des subjektiven und damit auch des "sonstigen" Rechts vom objektiven Recht macht eine Hauptschwierigkeit in der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB aus.[1)]

b) "sonstiges" Recht

Auch § 823 Abs. 1 BGB ist ein Rechtssatz, und es könnte sein, daß kraft seiner Schutzfunktion gerade er zu denen gehört, die bestimmen, wo ein subjektives Recht vorliegt.[2)] Träfe das zu, so würde man sich im Kreise bewegen, wenn man den in § 823 Abs. 1 BGB verwandten Begriff des subjektiven Rechts zu erläutern versuchte. Daher ist unbestritten, daß § 823 Abs. 1 BGB nicht selbst eine Rechtsnorm ist, die subjektive Rechte begründet. Voraussetzung für das Bestehen "sonstiger Rechte" im Sinne dieser Vorschrift ist vielmehr, daß sie durch die Rechtsordnung außerhalb des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden.[3)]

---

1) Grund dafür, daß Begriff und Funktion des "sonstigen" Rechts heute umstritten sind, liegt in der Fortentwicklung des Deliktsrechts durch die Anerkennung neuer, scheinbar generalklauselartig weiter Rechte - Recht am Gewerbebetrieb, allgemeines Persönlichkeitsrecht. Will man die Stellung des "Rechts am Unternehmen" im System der §§ 823 ff BGB richtig bestimmen, so muß man von einem Begriff und einer Bedeutung des sonstigen Rechts ausgehen, die seiner ursprünglichen Stellung entsprechen und nicht zum Zwecke der Einordnung jenes scheinbar in das ursprüngliche System der §§ 823 ff BGB nicht passenden Rechts abgeändert worden sind.

2) Für Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit erübrigt sich im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB eine Erörterung darüber, ob sie als subjektive Rechte anzusehen sind. Weil dies bei der Abfassung des BGB zweifelhaft war, wurden sie besonders aufgeführt. Vgl. Mot. II, S. 728; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Die Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 1./2. Aufl., Halle 1901, S. 611

3) RGZ 51, 369, 373; Heck, SchuldR, S. 428: ... "§ 823 Abs. 1 BGB ... Sanktionsnorm, die durch andere Normen geschaffene Gebotsgebilde voraussetze"; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 6; Körner, Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, S. 8; Buchner, S. 20

Dies ist von großer Bedeutung für die Möglichkeit der Einreihung geschützter Güter in die "sonstigen Rechte" des § 823 Abs. 1 BGB. Es ist nicht zulässig, beliebige Rechtsgüter und Interessen, die irgendeinen Schutz durch das Deliktsrecht genießen, zu den Rechten des § 823 Abs. 1 BGB zu rechnen, wenn ihnen nicht gerade durch die Rechtsordnung die Natur eines "sonstigen", d.h. eines subjektiven absoluten Rechts zugesprochen wird.

aa) absolute Wirkung

Unbestrittene Voraussetzung dafür, daß von einem "sonstigen Recht" gesprochen werden kann, ist die absolute Wirkung des betreffenden Gebildes. Es muß von jedermann zu beachten sein.
Diese Interpretation des § 823 Abs. 1 BGB ergibt sich aus dem Zusammenhang mit den anderen in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgezählten Rechtsgütern und ist auch als normativer Gesetzeswille historisch belegt durch die Motive zum BGB.[1)]
Aus der Systematik der §§ 823 ff BGB folgt auch, daß nicht schon jedes rechtlich geschützte Interesse, jedes Rechtsgut schon nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist.[2)] Die Haftungstatbestände der §§ 823 Abs. 2, 824, 825, 826, 839 BGB

---

1) Mot. II, 727; vgl. auch RG JW 19, 577, 578; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 433, 436; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 943; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 6; BGB RGRK-Würdinger, § 823 Anm. 20; Larenz, BGB AT, § 19 II; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 112
Eine Sonderstellung nimmt Fabricius (AcP 160 (1961), 273, 291 f; JuS 61, 151 f) mit seiner Theorie der "sozialtypischen Offenkundigkeit" ein. Sie besagt jedoch in dem hier interessierenden Zusammenhang das gleiche wie das Merkmal der Absolutheit. Sozialtypisch offenkundig ist nämlich ein Rechtsgut, wenn es auf Grund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständlich ist, von einem sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand auf ein Rechtsgut zu schließen. Das bedeutet, das Rechtsgut kann nach allgemeiner Auffassung mit dem Anspruch auf Achtung gegenüber jedermann auftreten, nicht nur gegenüber individuell bestimmten Personen.
2) anderer Ansicht: Franz von Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898, S. 26

wären überflüssig, wenn nach § 823 Abs. 1 BGB jede rechtswidrige Verletzung irgendeines bloßen Rechtsguts zum Schadensersatz verpflichtete. Seit RGZ 57, 356 entspricht dieses Funktionsverständnis des § 823 Abs. 1 BGB ständiger Rechtsprechung und gefestigter herrschender Lehre.[1] Diese Unterscheidung von subjektiven absoluten Rechten und bloßen Rechtsgütern ist auch notwendig, um dem Willen des Gesetzgebers, nicht schon bei jeder fahrlässigen Vermögensschädigung Ersatzansprüche zu gewähren, Genüge zu tun.[2]

Dieser Unterschied zwischen subjektivem Recht und bloßem Rechtsgut ist nicht mehr so eindeutig, wenn man an jedem durch Unterlassungsklage geschützten Rechtsgut ein subjektives absolutes Recht bejaht.[3]

---

1) RGZ 111, 298; BGH NJW 58, 1041; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 65 I (S. 402 f); v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 55 f; Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 19; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 6; Raiser, JZ 61, 465, 467; BGB RGRK-Würdinger, § 823 Anm. 6 III b; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 6; Staudinger-Engelmann, BGB, 9. Aufl., § 823 Anm. II A 2; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 54 f; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 81; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 141; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 109 ff

2) zur Entstehungsgeschichte und zur Systematik der §§ 823 ff BGB vgl. oben S. 11 ff
Für die Beschränkung spricht auch der Zusammenhang des BGB mit dem römisch-gemeinen Recht. Nach der Lex Aquilia, die ursprünglich nur für Sachschäden ersatzpflichtig machte, wurde auch, nachdem sie in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ausgedehnt war, die Schädigung an menschlichen Körpern und Sachen berücksichtigt. Vgl. dazu Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 2 ff

3) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 72 (S. 432): "In Wahrheit werden also auch durch Schutzgesetze, durch § 826 BGB und andere Deliktstatbestände subjektive Rechte auf Unterlassung geschaffen." Auch für Lehmann (Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 252 I 3 d (S. 1011); Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963, § 10 III S. 70) liegt das entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines subjektiven Rechts im Gegensatz zu einem bloßen Rechtsgut in der Möglichkeit des einzelnen, die durch eine Rechtsnorm für ihn hergestellte günstige Lage durch Unterlassungsklage selbst zu schützen. Vgl. auch Lobe, Unlauterer Wettbewerb, S. 154, 242; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, S. 96 f; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 208; Kraft, Interessenabwägung, S. 143, 158; Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 127

Dies wird insbesondere deutlich, wenn man die weitgehende Zulassung der Unterlassungsklage in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft beachtet. Danach ist jedes geschützte Rechtsgut bei einer auch erst drohenden Verletzung durch den Unterlassungsanspruch geschützt.[1] Es gleichen sich dann der Rechtsschutz über § 823 Abs. 1 BGB und der Schutz nach § 823 Abs. 2 BGB (unter Anerkennung jeweiliger subjektiver Rechte auf Unterlassung) weitgehend an.[2]

Die Autoren, die in der Unterlassungsklage entweder grundsätzlich allein ein Institut des Prozeßrechts[3] oder doch zumindest die quasinegatorische Unterlassungsklage als "eigenartigen" Klagetyp[4] sehen, können trotz der weitgehenden Zulassung von Unterlassungsklagen die Unterscheidung von subjektiven Rechte und Rechtsgütern aufrechterhalten.

---

1) Zunächst wurde ein Unterlassungsanspruch nur bei subjektiven Rechten gewährt, vgl. RGZ 49, 36 (anders schon RGZ 48, 120). Später wurde dieser Anspruch bei allen geschützten Rechtsgütern und rechtlichen Interessen zuerkannt. Vgl. RGZ 60, 6, 7; 101, 335, 340; 151, 239, 245 f; BGH NJW 51, 843; 52, 417; 54, 1682; 57, 1762, 1763; 62, 1438; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 70 I; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 252 (S. 1009 f); Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 8b

2) Nipperdey (Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, S. 37) sprach schon im Jahre 1940 davon, daß die Unterscheidung zwischen Deliktsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB und dem nach § 823 Abs. 2 BGB, zwischen dem Schutz subjektiver Rechte und bloßem Normenschutz nicht mehr erkennbar sei. Lehmann-Hübner, BGB AT, § 19 III 1 (S. 129): "Durch die Gewährung der Unterlassungsklage wird ein bis dahin unabhängig vom Willen des Interessenten geschütztes Rechtsgut praktisch eben ein subjektives Recht". Vgl. auch Zeuner, Festschrift für Dölle, S. 294, 305

3) Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., § 38 IV 3; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 53; de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, S. 56; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 101; Schuldrecht, S. 2 f, 470 f; Esser, SchuldR BT, 3. Aufl., § 113 II 4; Neumann-Duesberg, JZ 55, 480; Rabel, Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen, S. 24 f; Planck-Siber, BGB, 4. Aufl., Bd. II/1, § 241 Anm. 2

4) Larenz, SchuldR BT, 9. Aufl., § 70 II; gegen eine solche Differenzierung ausdrücklich: Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 72 I 3 a; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 54 FN 8; Zeuner, Festschrift für Dölle, S. 294, 305

Die überwiegende Meinung in der Rechtswissenschaft sieht zwar den Unterlassungsanspruch nicht als prozessualen Rechtsbehelf an, sondern als materiellen Anspruch.[1] Der Ansicht, ein subjektives Recht könne sich in der Schutzfunktion erschöpfen, hält sie jedoch entgegen, daß der Schluß von der Unterlassungsklage auf ein subjektives absolutes Recht unzulässig sei. Es gebe zwar kein subjektives Recht, das nicht mit der Unterlassungsklage geschützt werden könne.[2] Dieser Satz lasse sich jedoch nicht umkehren.[3] Das Vermögen z.B. sei gegen vorsätzliche sittenwidrige Angriffe durch Unterlassungsklage geschützt. Aber selbst von den Autoren, die ein subjektives Recht auf Unterlassung bejahen, werde nicht behauptet, am Vermögen bestehe ein subjektives Recht.[4]

---

1) Da es nach bürgerlichem Recht (vgl. §§ 194, 241 BGB) materiellrechtliche Unterlassungsansprüche gibt und nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Vorliegen des darin genannten Tatbestandes: ... "sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen", ein solcher Unterlassungsanspruch entsteht, ist nicht einzusehen, warum dieser Anspruch kein materiell-rechtlicher sein soll. Das gilt auch für Unterlassungsansprüche, die analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB entstehen. Irreführend ist daher, in diesem Zusammenhang von Unterlassungsklage statt vom Unterlassungsanspruch zu sprechen, weil dabei materielles Recht und Prozeßrecht miteinander vermischt werden, solange man im übrigen an der "Windscheid'schen Trennung" von prozeßrechtlicher actio und materiellem Anspruch festhält.
Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, S. 3 f, 221 f; Hellwig, Anspruch und Klage, S. 5 f, 25 f; Baur, JZ 66, 381, 383; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 78 f, 82, 85; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 35 I 2; Schönke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., S. 181; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 126; Raiser, Summum ius, S. 145, 155

2) RGZ 48, 120; 49, 36

3) Raiser, JZ 61, 465, 467; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 403 FN 2; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 7; v. Caemmerer, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 19; Festschrift für DJT, S. 49, 55 f, 89; Lehmann-Hübner, BGB AT, Bd. 1, § 19 III 1

4) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 849 f; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 944

Entscheidend ist doch, daß der Unterschied zwischen dem durch § 823 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB gewährten Schutz allein in dem verschieden weiten Umfang des Schutzbereichs liegt. Funktionell sind die sogenannten "großen Haftungsnormen" zusammengesetzte Schutzgesetze, die den Schutzbereich zahlreicher Einzelnormen zusammenlegen.[1)]
Folgt man dieser Betrachtungsweise, bei der die in § 823 Abs. 1 BGB angesprochenen subjektiven Rechte auch nur der Reflex bestehender rechtlicher Verbote sind, so werden durch die Schutzgesetze in Verbindung mit § 823 Abs. 2 sowie durch § 826 BGB subjektive Rechte auf Unterlassen eingeräumt.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man nicht vom Einzelrechtsschutz, sondern vom Institutionenschutz ausgeht. Die Zuteilung selbständiger, mit Rechtsschutz ausgestatteter Rechtsstellungen in der Form subjektiver Rechte stellt nämlich nicht das einzige Gestaltungsmittel des Privatrechts dar.[2)]
In der liberalistischen Epoche war es ein Anliegen des Privatrechts, den Individualschutz nach allen Seiten durch Entwicklung eines Systems subjektiver Rechte zu gewährleisten. Das subjektive Recht sollte die Rechtssphäre der Individuen gegeneinander abgrenzen und dadurch zugleich schützen. Hierzu verlieh die Rechtsordnung dem Individuum eine Rechtsmacht in Form von Beherrschungsrechten, einschließlich der Ausschlußrechte, Ansprüchen und Gestaltungsbefugnissen. Die Zuweisung von Befugnissen an die Rechtssubjekte ist der herr-

---

1) So ausdrücklich Hermann Lange, Verh. des 43. DJT, Bd. 1, Teil 1, S. 45. Nach Baur (JZ 66, 381, 382) hat der Gesetzgeber im Bereich des Unterlassungsanspruchs Recht, Rechtsgut, rechtlich geschützte Interessen gleich behandelt, denn in der gesellschaftlichen Wirklichkeit ist der Schutz des individuellen Rechtsguts mindestens ebenso bedeutsam wie der des subjektiven Rechts. Der Gesetzgeber habe die Rechtsgüter keineswegs geringer bewertet als die subjektiven Rechte. Er hat nur gemeint, "ihrer Natur nach" könnten sie nicht als subjektive Rechte anerkannt werden (Mot. II, S. 278).
2) Raiser, JZ 61, 465, 472

schende Systemgedanke des deutschen Privatrechts.[1)]
Die Annahme, daß das subjektive Recht in der Lage sei, insbesondere die Schutzfunktion zu erfüllen, beruht auf der Prämisse der Gleichheit aller Privatrechtssubjekte. Der Begriff des subjektiven Rechts läßt aber keinen Raum für die Berücksichtigung der tatsächlichen Macht des Rechtsträgers. Die Rechtsmacht wird von der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf die tatsächliche Macht der einzelnen gewährt. Er kann die Rechtsmacht in gleicher Weise beanspruchen wie der machtlose Bürger. Praktisch kann das subjektive Recht eines (z.B. wirtschaftlich) Mächtigen nicht von dem gleichartigen subjektiven Recht des Machtlosen in seiner Ausübung begrenzt werden. Der Mächtige muß aber der funktionellen, durch das Gleichgewichtssystem normalerweise geleisteten Beschränkung der subjektiven Rechte ebenso unterworfen werden wie der Machtlose. Das System der subjektiven Rechte hat sich als zu schwach erwiesen, um allein mit dem Problem der (wirtschaftlichen) Macht fertigzuwerden.[2)]
In jüngster Zeit wird daher die Fähigkeit des Systems subjektiver Rechte bezweifelt, die objektive Ordnung tatsächlich aufrechtzuerhalten und damit zugleich die allgemeine Handlungsfreiheit zu schützen.[3)]
Das subjektive Recht gilt auch nicht mehr als der Zentralbegriff des Privatrechts, sondern nur noch als eine Denkfigur.[4)]

---

1) Biedenkopf, Festschrift für Böhm, S. 113, 115; Raiser, Summum ius, S. 145, 152 f; Buchner, S. 262: "die Zuerkennung von Beherrschungsmacht galt als Kennzeichen einer Rechtsordnung selbstbestimmender Bürger".
2) Biedenkopf, aaO. S. 117.
3) Biedenkopf, aaO. S. 132, 135; v. Caemmerer, Festschrift für F. v. Hippel, S. 27, 39; Coing, Das subjektive Recht und der Schutz der Persönlichkeit, S. 22; Baur, JZ 66, 381, 382; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 122 f; Soergel, Festschrift für Larenz, S. 981, 996
4) Raiser, JZ 61, 465, 472; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 5: "Das subjektive Recht bildet nur eine Denkfigur, auf die die Rechtswissenschaft den Akzent desto mehr gesetzt hat, je mehr sie die Aufgabe der Rechtsordnung in der Sicherung der Handlungsfreiheit sehen wollte". Larenz, BGB AT, S. 217

Eine Möglichkeit, einer übermäßigen Ausübung subjektiver Rechte Grenzen zu ziehen, sieht man neuerdings im Institutionenschutz.[1)]

Diese Meinung geht davon aus, das Gesetz sei an zwei Systemgedanken orientiert, einmal "an dem Ausbau und Schutz des Wirkungsbereiches der Einzelperson durch Zuteilung subjektiver Rechte", zum anderen "an der Entfaltung und Sicherung unserer gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts".[2)] Diese Institutionen unterliegen nicht der Dispositionsfreiheit der Beteiligten, sondern das Recht bedient sich zu ihrer Durchsetzung der Beteiligten als "Funktionäre der Gesamtrechtsordnung".[3)] Tritt der Beteiligte als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung", also als Begünstigter einer Institution auf, so ist es an ihm darzulegen, daß er sich mit seinem Begehren im Rahmen der beanspruchten Institution hält und sein Anspruch den Zweck der Institution nicht verfehlt, für deren Verwirklichung er zugleich handelt.

---

1) Raiser, Summum ius, S. 145, 161 f; JZ 61, 465, 470, 472; JZ 58, 1, 2; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 101 f; Larenz, JZ 68, 96 f; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 122 f, 126; Kritik am Institutionengedanken, insbesondere im Hinblick auf die Ehe: E. Wolf, JZ 67, 659 f; JZ 67, 749 f

2) Raiser, Summum ius, S. 145, 148

3) Raiser, Summum ius, S. 145, 159; Biedenkopf, Festschrift für Böhm, S. 113, 134.
Ähnliche Gedanken hat auch Kelsen (Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 130 f, 133, 137, 141) zum Strukturgesetz der ganzen Rechtsordnung erklärt. Die Ansprüche der einzelnen Rechtssubjekte seien nur Reflexe des als Pflichtordnung zu verstehenden objektiven Rechts. Die Subjekte handelten bei der Geltendmachung dieser Ansprüche als Funktionäre der Gesamtrechtsordnung (... "Rechtsmacht, das Verfahren zu initiieren, das zur Sanktion führt" ...).

Auch beim Institutionenschutz sind Gebote und Verbote der Rechtsordnung das Entscheidende. Es bestehen Rechtsbehelfe zugunsten der durch die Institution Begünstigten. Kann von dem Beteiligten ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden, besteht in der rechtlichen Konstruktion kein Unterschied zu einem System subjektiver Rechte, es liegen insoweit "subjektive" Rechte vor.[1)]
Der Unterschied zwischen Institutionenschutz und Einzelrechtsschutz ist also nicht prinzipieller Art. In beiden Fällen ist die Begünstigung des einzelnen aus den Rechtsnormen verschieden stark.[2)]

Bejaht man hiernach ein subjektives Recht auf Unterlassen, so geht aber der rechtliche Schutz nicht über die in den Gesetzen enthaltenen Anordnungen hinaus.
Für ein subjektives Recht auf Unterlassen gemäß § 823 Abs. 2 BGB folgt daraus, daß es nur auf ein Unterlassen der besonderen, durch das Schutzgesetz verbotenen Handlung geht.
Für die anderen Rechtsgenossen besteht insoweit eine Rechtspflicht, und nur in diesem Umfang hat der durch das Schutzgesetz Begünstigte ein subjektives Recht.[3)]

bb) genereller Schutz

Um ein subjektives Recht annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, daß ein genereller Schutz eines Rechtsguts vorliegt. Man kann daher ein subjektives Recht auf Unterlassen bejahen, ohne gegen die Voraussetzung des generellen Schutzes subjektiver Rechte zu verstoßen.

Gegen die Auffassung Neumann-Duesbergs[4)], daß nur totale Ausschlußrechte zu den subjektiven Rechten zu zählen sind,

---

1) Buchner, S. 262
2) Biedenkopf, Festschrift für Böhm, S. 113, 133/134
3) Baur, JZ 66, 381, 382; vgl. auch v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 155, insbes. FN 74
4) SJZ 50, 483; vgl. auch Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 111 f; Gieseke, GRUR 50, 298, 302; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 233 I 1; § 234 I 1 b; Schumann, Handelsrecht, S. 82; J. P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung, S. 41 ff; Westermann, Person und Persönlichkeit, S. 17, 50

wendet sich die einhellige Meinung.
Genereller Schutz besagt nicht, daß der Gegenstand des subjektiven Rechts in jeder denkbaren Hinsicht geschützt ist, sondern er bedeutet Schutz des Rechts an diesem Gegenstand in den vom Recht anerkannten Grenzen. Absolute Ausschlußrechte im strengen Sinne gibt es nicht, denn aus dem Wesen der Rechtsordnung als einer Gemeinschaftsordnung folgt, daß jedes subjektive Recht durch die Erfordernisse des menschlichen Zusammenlebens begrenzt ist.[1] Diese Einsicht in die soziale Gebundenheit aller Rechte beginnt sich heute mehr und mehr durchzusetzen.[2]
Auch das Recht des Eigentums ist nicht gegen jeden denkbaren Eingriff gesichert. Nur wurzelt dieses klassische Recht, sein Inhalt und sein Umfang so stark im Rechtsbewußtsein, daß man zumeist gar nicht daran denkt, daß auch sein Schutzumfang begrenzt ist. Das Eigentumsrecht erfaßt nur bestimmte Beeinträchtigungen einer Sache, läßt andere wiederum als rechtlich irrelevant von Abwehransprüchen frei. Schon wegen des nachbarschaftlichen Verhältnisses legt das Gesetz beim Eigentum eine Reihe von Beschränkungen fest (§§ 906ff BGB, § 26 GewO).[3]

---

1) R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895, S. 67; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 72 I 3 b; Bd. 2, § 239 III 5, 6; Nipperdey, Grundfragen der Reform, S. 39 f; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 9; Krüger-Nieland, Karlsruher Forum, VersR 1961, S. 18; v. Caemmerer, Karlsruher Forum, VersR 1961, S. 19; Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 334; Kübler, AcP 159 (1960/61), S. 265
2) Enneccerus-Nipperdey, aaO., Raiser, JZ 61, 465, 472; Summum ius, S. 145, 152; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 164
3) Diese innere Begrenzung des Eigentums betont schon v. Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, S. 523. Vgl. auch O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 358,364, 405; Kohler, Das Eigenbild im Recht, S. 4; Binder, Philosophie des Rechts, S. 467 f; Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, S. 189 f; Wolff-Raiser, SachenR, 10. Aufl., § 51 II 2, § 52 II; Westermann, SachenR, § 28 II 2, 3; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 90 FN 181. Nach BGH NJW 67, 1907 ist auf der Grundlage von § 906 BGB unter Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall zu bestimmen, welche Beeinträchtigungen ein Grundstückseigentümer hinnehmen muß.

Noch deutlicher zeigt sich dies bei anderen Rechten, die als subjektive Rechte anerkannt sind.
Beim Namensrecht, das nach § 12 BGB geschützt ist, läßt sich aus dem Wesen des Namens als eines Wortes, das eine Person kennzeichnet, folgern, daß nur Bezeichnungen, denen diese Namensfunktion zukommt, geschützt sind, nicht jedoch bloße Geschäftsabzeichen, Bildzeichen oder Gattungsbezeichnungen.[1)]
Beim Recht am eigenen Bild ist aus der Natur des Bildnisses zu entnehmen, daß alle Darstellungen, in denen die Person kenntlich bleibt, in den Schutzbereich eingreifen, dagegen nicht Abbildungen, bei denen die Person unkenntlich ist.[2)]
Der Inhaber einer Firma kann gegen einen anderen, der die gleiche Firma unbefugt führt, gemäß § 37 Abs. 2 HGB vorgehen. Es besteht auf Grund dieser Norm aber nur gegen bestimmte Handlungsweisen Schutz. Dieser wird noch dadurch eingeschränkt, daß nach § 30 HGB die Befugnis zur Führung einer bestimmten Firma unter anderem davon abhängt, daß diese sich von anderen an demselben Ort bestehenden Firmen deutlich unterscheidet.
Im Warenzeichenrecht ist selbst bei Zeichengleichheit eine Rechtsverletzung nicht schon in jedem Falle gegeben; bei Vorratszeichen z.B. muß der Inhaber später u.U. ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung dartun, das die Beeinträchtigung des Verkehrs bei der freien Zeichenwahl vertretbar erscheinen läßt.
Der Schutzbereich der subjektiven Rechte wird ferner auch aus einer Interessenbewertung und -abwägung festgelegt. Grundsätzlich hat der Gesetzgeber die von ihm ins Auge gefaßten Interessenkonflikte selbst entschieden, da er aber nicht alle möglichen Konfliktsfälle voraussehen kann, verweist er immer wieder ganz allgemein auf eine Interessenabwägung. Die §§ 904 ff BGB regeln eine Anzahl typischer Fälle, doch bedienen sie sich auch letztlich des Interessen-

---

1) Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., § 12 Anm. 4
2) OLG Oldenburg NJW 63, 920, 922

prinzips.[1] Aber auch in anderen Fällen, in denen das Eigentum mit anderen Rechten in Konflikt gerät, z.B. mit dem Urheberrecht[2] oder mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung[3], ist letzten Endes eine Interessenabwägung vorzunehmen. Jedes subjektive Recht trägt die Schranke der Interessenabwägung in sich.[4]

Daß ein genereller Schutz eines Rechtsguts vorliegen müßte, um ein subjektives Recht annehmen zu können, kann daher nicht gefordert werden. Nipperdey[5] hat zutreffend darauf hingewiesen, daß eine Grenzziehung danach, ob genereller Schutz gewährleistet wird oder nicht, auch nicht durchführbar ist; es gebe nur einen mehr oder weniger umfassenden Schutz.
Die Schranken des Eigentums sind dem Grade nach bedeutend geringer als die eines Unternehmens, welches insbesondere in einer Wettbewerbswirtschaft keine allgemein unantastbare Position hat. Dieser Umstand begründet aber nur einen graduellen, keinen wesensmäßigen Unterschied.

cc) Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit

Damit das Gemeinschaftsleben nicht in unerträglicher Weise beeinträchtigt werde, sei es erforderlich, daß ein gegen jedermann geschütztes Interesse offenkundig und allgemein erkennbar sei.[6]

---

1) vgl. § 904 BGB "unverhältnismäßig großer Schaden"; § 905 Satz 2 BGB "kein Ausschließungsinteresse; § 906 BGB Zumutbarkeitsklausel
2) vgl. RG JW 1912, 867
3) BVerfGE 7, 230
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 434
5) aaO.
6) Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. III, 4. Aufl., S. 354; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht, S. 136; ähnlich auch Löffler, NJW 59, 1, 3; Larenz, NJW 55, 523, 525

Das Erfordernis der Erkennbarkeit betont besonders Fabricius.[1] Allein entscheidendes Merkmal des "sonstigen Rechts" in § 823 Abs. 1 BGB sei die "sozialtypische Offenkundigkeit" des betreffenden Rechtsguts.

Das sei der Fall, "wenn von einem für den Durchschnittstypus des Rechtsgenossen regelmäßig sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand auf Grund unserer Sozial- und Verkehrsauffassung selbstverständlich, d.h. durch einfache, überwiegend auf Erfahrung und Gewohnheit beruhende Gedankenreflexion, auf das Rechtsgut als das rechtlich geschützte Interesse eines Berechtigten an einem Gegenstand geschlossen werde".[2] Offenkundigkeit bedeutet dabei nicht subjektive Erkennbarkeit auf seiten des konkreten Täters, sondern eine normalerweise bei dem Durschnittstypus des Rechtsgenossen vorliegende abstrakte Erkennbarkeit, und Offenkundigkeit sei auch nicht im Sinne von Wahrnehmbarkeit in der realen Welt, sondern vielmehr "geistig-soziologisch" zu verstehen, so daß auch im Kulturbewußtsein verankerte Güter wie Freiheit und Ehre sozialtypisch offenkundig sein könnten.[3]

---

1) AcP 160 (1961), 273 f, insbes. 289 f; JuS 61, 151, 153 f; zustimmend Esser, SchuldR BT, 3. Aufl., § 107 II 2 (S.403). Nach Dulckeit (Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 48 f) erlangt ein absolutes Recht Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB nur dort, wo es kundbar in einem äußeren Besitzstand verkörpert ist, der von jedem Rechtsgenossen verletzt oder beeinträchtigt werden kann. Er schränkt das allerdings insofern wieder ein, als er meint, "die schuldhafte, d.h. vorhersehbare und vermeidbare Verletzung auch eines an sich unkundbaren Rechts sollte dann zu einer Schadensersatzpflicht führen, wenn die Verletzung eines Rechts als solche erkennbar und damit zurechenbar gewesen ist" (S. 49 FN 51).
Pawlowski (Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, S. 39) fordert, daß das Recht, um nach § 323 Abs. 1 geschützt zu werden, in einem erkennbaren Tatbestand auftreten müsse.
Auch nach Diederichsen (Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, S. 66) muß der Anknüpfungspunkt für den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung im Äußeren, Objektiven liegen, denn ein Recht, das am Schuldprinzip festhalte, könne einen Täter nur für den Schaden verantwortlich machen, den er in einer fremden Rechtssphäre, von der er erkennbar ausgeschlossen sei, angerichtet habe.

2) Fabricius, AcP 160 (1961), 273, 295

3) Fabricius, aaO. S. 294

Die Brauchbarkeit dieser sich von jeder Struktureigenschaft der Rechte lösenden und auch in der Präzisierung recht allgemein formulierten Theorie[1] versucht Fabricius in einem weiten Bogen von den in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechtsgütern über die als sonstige anerkannten Rechte[2], über den Besitz, die Aneignungsrechte und die Forderungen bis hin zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem Recht am Arbeitsplatz und dem Recht auf ungestörten Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft nachzuweisen.

Das Bestehen einer Ehe als durch das übliche Tragen von Eheringen offenkundig anzusehen[3], kann nicht überzeugen. Einmal, weil die Typizität des Sachverhalts nicht zweifelsfrei ist - es gibt viele Eheleute, die keine, andererseits aber Verlobte, die oft jahrelang Ringe tragen - , vor allem aber, weil Fabricius das Merkmal der Offenkundigkeit hier selbst zu modifizieren gezwungen ist. Wenn es das Wesen der Offenkundigkeit ausmacht, daß typischerweise vom sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand der Schluß auf das Rechtsgut gezogen werden kann, so müßte die tatsächliche Grundlage des Schlusses das Tragen der Ringe selbst sein. Bei denjenigen Ehepaaren, die auf Ringe verzichtet haben, würde also die tatsächliche Grundlage fehlen, eine Gedankenreflexion wäre nicht möglich, so daß diese Ehepaare aus dem Schutz ausgenommen sein müßten. Bezieht man mit Fabricius auch sie in den Schutz ein, so ist der Tatbestand, von dem aus reflektiert wird, in Wahrheit nicht mehr das Tragen der Ringe, sondern einfach der Umstand, daß Männer und Frauen verheiratet sein können.
Am Beispiel der Ehe zeigt sich schon die mangelnde Abgrenzbarkeit des Begriffs der Offenkundigkeit.

Beim Gewerbebetrieb will Fabricius an die Stelle der Unterscheidung von betriebsbezogenen und nicht betriebsbezogenen

---

1) so Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 409 FN 1
2) zu diesen zählt er die Sachenrechte, Namens-, Firmen-, Urheber- und Patentrechte, gewerbliche Schutzrechte sowie das Recht auf elterliche Gewalt
3) Fabricius, AcP 160 (1961), 273, 319 f

Eingriffen sein Kriterium der Offenkundigkeit setzen.[1] Dieses Kriterium ist aber auch hier zur Abgrenzung nicht brauchbar.

Das zeigt sich z.B. bei der Verletzung eines Arbeitnehmers, die nach einhelliger Meinung keinen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Arbeitgebers darstellt.[2] Verletzt jemand eine Person, die im morgendlichen Verkehrsstrom als Arbeitnehmer erkennbar ist, so wird er dabei die Reflexion haben, daß diese Person zur Arbeit gehen wollte, daran durch die Verletzung gehindert wird, und es deshalb zu Störungen im Funktionsablauf des Unternehmens kommen kann, in dem sie beschäftigt ist. Die Gedankenreflexion von der Verletzung einer Person auf die Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs, in dem sie beschäftigt ist, ist in der Mehrzahl der Fälle aber nicht typisch, weil die Person auch "Privatmann" sein kann.

Bei Boykott- oder Streikaufforderung stellt Fabricius schon nicht mehr auf die Offenkundigkeit des Rechtsguts, sondern auf die Kenntnis, auf die Absicht des Verletzers ab. Denn wenn beim Boykott- oder Streikaufruf sozialtypisch kundbar ist, "daß in einen Gewerbebetrieb eingegriffen werden soll"[3], so wird nicht mehr von dem "im Einzelfall verletzten Betriebsbestandteil auf die Verletzung der organisatorischen Einheit" geschlossen, sondern entscheidend ist dann das Ziel der Eingriffshandlung, nämlich die Absicht des Verletzers, den Gewerbebetrieb zu stören.[4]

---

1) AcP 160 (1961), 273, 304 f; JuS 61, 151, 153 f
2) BGHZ 7, 30, 36; 29, 65, 70; BGH LM § 823 (Da) Nr. 4; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 6 g; Siebert, Festschrift für Heinrich Lehmann, S. 672
3) JuS 61, 151, 154
4) Auf die "typische Kenntnis" und nicht auf die "sozialtypische Offenkundigkeit" stellt Fabricius auch ab, wenn er nicht sozialtypisch offenkundige Forderungen im Falle ihrer Abtretung bei Verletzungshandlungen durch den Altgläubiger unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB stellt. "Die typische Kenntnis, daß die Forderung einem anderen zusteht, kann der sozialtypischen Offenkundigkeit gleichgestellt werden". (AcP 160 (1961), 273, 303)

Aus dem Umstand, daß Fabricius bei Boykott- und Streikaufforderungen von der sozialtypischen Offenkundigkeit des Rechtsguts auf die typische Kenntnis des Verletzers ausweicht, wird deutlich, daß er die Entscheidung über das "sonstige" Recht letztlich am Gesichtskreis des potentiellen Verletzers ausrichtet: Was diesem als fremdes Rechtsgut erkennbar ist, wird unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB gestellt. Bei einer Abhängigkeit des Schutzes nach § 823 Abs. 1 BGB von der Erkennbarkeit des Rechtsguts führt ein Abstellen auf die Sicht des potentiellen Verletzers schließlich dazu, daß die Erkennbarkeit für den konkreten Verletzer über den Deliktsschutz entscheidet.
Ein solches Vorgehen würde letztlich auf die durch § 823 Abs. 1 BGB gerade ausgeschlossene allgemeine Fahrlässigkeitshaftung hinauslaufen. Denn die Lehre von der "sozialtypischen Offenkundigkeit" wiederholt im wesentlichen nur eine Haftungsvoraussetzung, die das Gesetz mit dem Maßstab der verkehrserforderlichen Sorgfalt der Fahrlässigkeit zugeordnet hat. Die bloße Erkennbarkeit eines Rechtsguts allein kann zur Abgrenzung der "sonstigen" Rechte und damit für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nicht ausreichen. Denn die Beschränkung des Deliktsschutzes, welche darin besteht, daß § 823 Abs. 1 BGB die Fahrlässigkeitshaftung nur bei Verletzung eines "sonstigen Rechts" eintreten läßt, kann nicht durch ein Kriterium aufrechterhalten werden, das sich mit dem Fahrlässigkeitsbegriff so weitgehend deckt.[1)]

2. keine gesetzliche Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb

Das Unternehmen ist durch das geschriebene Recht nicht als subjektives Recht und damit auch nicht als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ausgestattet.[2)]

---

1) vgl. Enneccerus-Lehmann, BGB AT, Bd. 1, S. 434 f; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 141 f
2) Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 204; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl., Berlin 1907, § 823 II 1 f; Salinger, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Gruchot, Bd. 62 (1918), 289, 298

Die einzelnen Vorschriften, die vom Erwerbsgechäft, vom Gewerbebetrieb oder vom Handelsgeschäft sprechen, haben keine Beziehungen des Unternehmens zum Gegenstand, sondern regeln nur Fragen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Unternehmens bestehen.[1] Durch sie wird aber kein subjektives Recht begründet.

Geschütztes Rechtsgut ist das Unternehmen lediglich in § 824 BGB und in §§ 1, 3, 14, 16 UWG. Daraus ergibt sich allenfalls ein subjektives Recht auf Unterlassung der durch diese Rechtsnormen untersagten Handlungen. Denn eine durch Schutzgesetz eingeräumte Möglichkeit, bestimmte Beeinträchtigungen eines Rechtsguts abzuwehren, bedeutet noch nicht ohne weiteres den weitergehenden Schutz dieses Rechtsguts durch Anerkennung als subjektives Recht.[2]

IV. Deliktsschutz auf Grund "Natur der Sache"

Die einzelnen Deliktsvorschriften sehen kein subjektives Recht am Unternehmen vor, jedenfalls nicht in einem über die Abwehransprüche des § 824 BGB und des UWG hinausgehenden Umfang.

Der Gesetzgeber ist, indem er, um die Haftungsfälle einzugrenzen, nur von der Rechtsordnung anerkannte subjektive Rechte zur Grundlage des Deliktsschutzes nach § 823 Abs. 1 BGB machte, sich durchaus bewußt gewesen, daß bei einer derartigen Abgrenzung manchem Deliktsschutz, insbesondere dem Unternehmensschutz[3], nicht genügt wird.

---

1) vgl. oben S. 94

2) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 155 (insbes. FN 74); Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, Bd. 1, § 72 I 3 a; Troller, Der Wettbewerb, S. 9; H. Lehmann, Festgabe für Zitelmann, S. 25, 26

3) Das Problem des deliktischen Unternehmensschutzes bestand schon vor der Verabschiedung des BGB. Vgl. Kohler, Deutsches Patentrecht, Mannheim 1878, S. 10 ff; Handbuch des Deutschen Patentrechts, Mannheim 1900, S. 26, 55 ff; Schmidt, Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigentums, Berlin 1897, S. 270; Oppikofer, Das Unternehmensrecht, Tübingen 1927; Dernburg, Pandekten II, Abt. 2, § 383, 8. Aufl., Berlin 1906, S. 698; RGZ 1, 22; 2, 119; RG Bolze Praxis 1 Nr. 304; RGZ 20, 106; 22, 93; RG Bolze Praxis 8 Nr. 147; RGZ 26, 163; 28, 238; RG Bolze Praxis 9 Nr. 110, 149; Praxis 11 Nr. 112; Praxis 20 Nr. 113; RGZ 38, 155; RG JW 1899, 749; RGZ 45, 59; 48, 114; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. unten S. 167 ff, 169 ff

Damit aber alles Recht auf eine möglichst sinnvolle, zweckmäßige und der in den Dingen angelegten Ordnung entsprechende Regelung gerichtet ist, soll der Gesetzgeber bei der Lösung eines bestimmten Interessenkonflikts eine den tatsächlichen Gegebenheiten und insbesondere der "Natur der Sache"[1] angemessene Regelung treffen.

Mag auch die "Natur der Sache" als solche als soziologischer Entstehungsgrund von Normen anzusehen sein[2], so ist sie doch selbst noch nicht "Recht".[3] Der Gesetzgeber ist an die sachlogischen Strukturen nicht gebunden. Er entscheidet auf Grund einer Wertung, welche dieser Strukturen er als wesentliche berücksichtigen will.[4]

Verfehlt der Gesetzgeber die "Natur der Sache", so ist die Norm noch nicht ohne weiteres ungültig[5], denn er ist in der Bewertung der widerstreitenden Interessen sowie in der Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Norm frei, sofern

---

1) Da die Lebensverhältnisse, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich tragen, versteht man unter "Natur der Sache" diese den Lebensverhältnissen und ihren Zwecken angemessene, den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung. Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 6. Aufl., § 38,2; Radbruch, Festschrift für v. Laun, S. 155, 159; Fechner, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 147; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 289; Ballweg, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, S. 64; Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 275, 281, 287; Methodenlehre, S. 389; NJW 65, 1, 5 f.
Hinter dieser einfachen Formulierung verbirgt sich eine Reihe schwieriger philosophischer und rechtstheoretischer Probleme. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, diese Probleme auch nur in ihren Grundzügen zu erörtern. Eine historische Übersicht gibt Radbruch, aaO., S. 155 f. Zum neueren Schrifttum vgl. die Übersicht bei Engisch, Einführung, S. 281 Anm. 264

2) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 292 f; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 120

3) Henkel, aaO., S. 292; Radbruch, Festschrift für v. Laun, S. 155, 162; Engisch, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 90; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 119; Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 275, 287; NJW 65, 1, 6; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 182; Staudinger-Brändl, BGB, Einl. vor § 1 Anm. 48

4) Larenz, NJW 65, 1, 6; Engisch, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 90, 96 f, 120; Stratenwerth, Recht und Staat, Heft 204, S. 17 f; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 120

5) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 292 f; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 120; anders offenbar Maihofer, Die Natur der Sache, ARSP 44 (1958), 145, 172, der die Natur der Sache als vorrangige Rechtsquelle ansieht.

nicht der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.[1)]

Bei der Frage, ob das Unternehmen Rechtsschutz genießen soll, erscheinen vom Unternehmen her gesehen Rechtssätze zum Schutze der zahlreichen, zum Teil sehr störanfälligen[2)] Unternehmenswerte[3)] als angemessene und sachgerechte Lösung. Demgegenüber besteht das Interesse der Allgemeinheit an möglichst weitgehender Handlungsfreiheit[4)], andererseits hat aber auch die Allgemeinheit ein Interesse, Unternehmenswerte zu schützen.[5)]

Es handelt sich also beim deliktischen Unternehmensschutz um ein Problem der Interessenbewertung[6)] und damit um eine rechtspolitische Entscheidung, bei der der Gesetzgeber von seiner weitgehenden Entscheidungsfreiheit in der Weise Gebrauch gemacht hat, daß er kein subjektives Recht am Unternehmen, jedenfalls nicht in einem über die Abwehransprüche des § 824 BGB und des UWG hinausgehenden Umfang zuerkannte. Diese Entscheidung ist maßgeblich und die Gültigkeit dieser gesetzlichen Regelung kann nicht wegen Widerspruchs zur "Natur der Sache" in Zweifel gezogen werden.

Auf die sachlogische Struktur und den sinnhaften Gehalt des Unternehmens kann dessen Schutz nicht gestützt werden.

---

1) BVerfG NJW 54, 65: "bei Verletzung äußerster Gerechtigkeitsgrenzen"; BVerfG NJW 59, 1579, 1580; BVerfGE 23, 98; BGHZ 3, 94, 107; BGH NJW 52, 1139; BGH-Gutachten, JZ 54, 152 f; BGH NJW 57, 627, 628; Radbruch, SJZ 46, 105, 107; Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 347 f; Coing, Rechtsphilosophie, S. 256 f, 258 Anm. 2; Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters, S. 36: "Un-Ordnung bindet den Richter nicht"; Reinicke, NJW 55, 1662, 1666; A. Kaufmann, Festschrift für E. Wolf, S. 357, 362 f

2) Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 404, 412

3) vgl. oben S. 87 ff

4) vgl. oben S. 10 , ferner Müller-Erzbach, ZHR 71 (1912), 417, 423; Buchner, S. 11

5) Bei den öffentlichen Belangen handelt es sich vornehmlich um die Erhaltung volkswirtschaftlicher Werte einerseits und die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit andererseits. Vgl. Kraft, Interessenabwägung, S. 170; Müller-Erzbach, JZ 52, 193; Tetzner, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., § 1 Anm. 149

6) so schon Müller-Erzbach, ZHR 71 (1912), 417, 423

V. Unternehmensschutz kraft Gewohnheitsrechts

Angesichts der offenbaren Unmöglichkeit, das Recht am Unternehmen aus gesetzlichen Bestimmungen oder aus dem Wesen des Unternehmens zu rechtfertigen, beruft sich ein erheblicher Teil der Wissenschaft insbesondere in neuerer Zeit unter Berufung auf die nun sieben Jahrzehnte dauernde Gerichtspraxis[1] auf eine gewohnheitsrechtliche Bildung, ohne nähere Begründung dafür anzugeben, womit sie die Voraussetzungen für die Bildung von Gewohnheitsrecht als erfüllt ansehen.

Bestünde ein solcher Unternehmensschutz kraft Gewohnheitsrechts, so könnten Schadens- und Unterlassungsansprüche unmittelbar auf dieses gestützt werden.

Unerheblich wäre es dann, ob die Rechtsprechung tatsächlich durch eine methodisch richtige Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB gedeckt war bzw. sich in den Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung gehalten hatte, da es in einem solchen Falle eines Rückgriffs auf § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr bedürfte. Über die Richtigkeit könnte dann nicht mehr de lege lata gestritten werden, sondern nur noch de lege ferenda.[2]

---

1) Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, daß die Verweisungen der Gerichte auf frühere Urteile viel zu ungenau, oftmals für völlig unterschiedliche Arten von Unternehmensbeeinträchtigungen erfolgten (vgl. Verweisungen in RGZ 77, 218 oder in BGHZ 3, 279). Zum Teil enthalten die Urteile Widersprüche und nicht mehr aufhellbare Verwerfungen in den Begründungssträngen.
Wiethölter, KritJ 70, 121 f; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 85 FN 145; Fikentscher, Festschrift für Kronstein, S. 261, 265; Kübler, AcP 172 (1972), 177, 184; Buchner, S. 63

2) Flume, Richter und Recht, 46. DJT 1966, K 5, 22: "Für die Rechtsfortbildung suchen Rechtsprechung und Literatur möglichst die Qualität als Gewohnheitsrecht in Anspruch zu nehmen, weil sie damit die Geltungsfrage entschieden glauben". Vgl. auch Medicus, NJW 67, 354; Deutsch, JuS 67, 152, 154; Hartmann, NJW 64, 793, 796; Knieper, ZRP 74, 137, 138

1. Gewohnheitsrecht trotz formellen Gesetzgebungsverfahrens

Für das Gebiet des bürgerlichen Rechts ist das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle neben dem Gesetz anerkannt. Art. 2 EGBGB bestimmt: "Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm".[1] Außer dem Gesetz zählt hierzu vor allem das Gewohnheitsrecht.[2]

Sowohl die Geltung des Gewohnheitsrechts als auch die des Gesetzes beruhen auf dem Willen der Gemeinschaft. "Recht" ist, was als manifestierter allgemeiner Rechtsgeltungswille hervortritt.[3] Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht sind nur zwei verschiedene Formen, in denen sich dieser Wille äußern kann.[4]

In einer pluralistisch organisierten Gesellschaft ist eine solche Willensübereinstimmung nicht so leicht zu erzielen. Eine alle zufriedenstellende Lösung von Interessenkonflikten ist kaum möglich. Die meisten Probleme können daher nicht gelöst, sondern nur geregelt werden, denn auf das Verfahren, das beim Prozeß der Willensbildung eingehalten werden soll, kann man sich einigen.[5]

Aus diesen Überlegungen ergibt sich die Bedeutung des Verfahrens für die Willensbildung in allen Organen und Institutionen im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat. Aber auch die Entscheidung für ein formelles Gesetzgebungsverfahren beruht auf dem Willen der Gemeinschaft. Kann dieser sich in anderer Weise bilden und genügend klar hervortreten,

---

1) vgl. auch § 12 EGZPO, § 185 FGG, §§ 549, 550 ZPO
2) RG Nachschlagwerk des Reichsgerichts Art. 2 EGBGB Nr. 13; RGZ 113, 349; BGH NJW 57, 253, 460; 58, 709; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 262/263; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Art. 2 EGBGB Anm. 1 e; Gröpper, DVBl 69, 945, 947 FN 4
3) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 32 I 2, § 38 III 2 c; O. von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 163; Ihering, Geist des Römischen Rechts, Bd. 3, S. LX; Staudinger-Brändel, BGB, Bd. I, Einl. vor § 1 Rdnr. 34 f; Dnistrjanskyi, Das Problem des Volkrechts, AcP 132 (1930), 230, 257: "Das Volk ist die einzig wahre Rechtsquelle"; Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. 1, XIII: "Das Volk ist aber nicht bloß der Boden, auf welchem das Recht entsteht, sondern es ist auch die Quelle des Rechts selbst".
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 205/206
5) Konrad, Parlamentarische Autonomie und Verfassungsbindung im Gesetzgebungsverfahren, DÖV 71, 80 f; Ramm, ArbuR 62, 353, 361

so steht seiner Anerkennung als Gewohnheitsrecht auch in einem Staate, in dem die Verfassung ein formelles Gesetzgebungsverfahren vorsieht, nichts entgegen. Das Gewohnheitsrecht steht dann als selbständige Rechtsquelle gleichwertig neben dem Gesetzesrecht.[1)]

Da jedoch bei einem verfassungsmäßig vorgesehenen formellen Rechtssetzungsverfahren die Rechtsbildung hauptsächlich auf diesem Wege erfolgt, verbleibt bei umfassender gesetzlicher Regelung wenig Raum für eine Gewohnheitsrechtsbildung, nämlich nur dort, wo die gesetzliche Regelung lückenhaft ist oder ihrem Inhalt nach auf Widerspruch stößt.[2)] In diesen engen Grenzen bildet sich heute Gewohnheitsrecht vorwiegend auf dem Weg über den sog. "Gerichtsgebrauch".[3)]

Eine ständige Rechtsprechung der obersten Gerichte wird aber erst dann zu Gewohnheitsrecht, wenn die hierfür zu fordernden Voraussetzungen gegeben sind.[4)]

---

1) BGH NJW 58, 709; 62, 2054, 2056; Larenz, Methodenlehre, S. 341; BGB AT, S. 5; NJW 51, 497; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 172; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 269 f; Lehmann-Hübner, BGB AT, § 3 I 3; Lange, BGB AT, 9. Aufl., § 7 I 1; Hubmann, JuS 68, 61, 62; Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl., S. 37.
Dagegen wird sich die von Adomeit (Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 53 f) vorgenommene Verweisung des Gewohnheitsrechts aus dem Rechtsquellenkatalog durch seine Abwertung zur bloßen "Rechtswirklichkeit" nicht begründen lassen. Vgl. dazu Wieacker, Rechtstheorie 71, 118, 120.
Wolf (JZ 71, 273, 276 f) und Meyer-Cording (Die Rechtsnormen, S. 73) und Schreiber (Die Geltung von Rechtsnormen, S. 250) gehen von einer normativen Verbindlichkeit des Richterrechts aus und betrachten daher das Gewohnheitsrecht als eigene Rechtsquelle für überflüssig und ohne Erklärungswert.

2) Larenz, BGB AT, S. 6 f; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 262; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 29 f;

3) BGH NJW 61, 313, 315: "Die zur Bildung eines Gewohnheitsrechts erforderliche gemeinsame Rechtsüberzeugung entfällt nämlich schon deshalb, weil es an einer bestätigenden Rechtsprechung ... fehlt". Vgl. auch BVerwGE 17, 256, 260; BSG NJW 67, 2079; Larenz, BGB AT, S. 7 f; Staudinger-Brändel, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 42; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 262, 267; Reinicke, MDR 56, 324; Esser, Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 124 f; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 464;
zur Rechtsnatur des sog. Gerichtsgebrauchs s. unten S. 131f

4) Reinicke, MDR 56, 324; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 267, 269; Larenz, Methodenlehre, S. 340 f; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Art. 2 EGBGB Anm. 1 e; Bürck, AcP 171 (1971), 328, 344 f; Hartmann, NJW 64, 793, 796;
zu den Voraussetzungen einer Gewohnheitsrechtsbildung vgl. unten S. 125ff

In einem solchen Fall ist es unerheblich, ob die Rechtsprechung methodisch richtig war genausowenig wie es von Bedeutung ist, ob die Gewohnheitsrechtsbildung auf einem Irrtum z.B. über das Bestehen oder die Tragweite eines Gesetzes beruht[1] oder bewußt gegen die gesetzliche Regelung ("contra legem") erfolgte.[2] Die Bildung von Gewohnheitsrecht kann jedenfalls durch ein Verbot seitens des Gesetzgebers nicht ausgeschlossen werden, da ja auch eine solche Regelung gewohnheitsrechtlich außer Kraft gesetzt werden kann.[3]

Die Möglichkeit der Bildung eines gewohnheitsrechtlichen Unternehmensschutzes besteht also trotz nahezu umfassender Kodifikation und formellen Gesetzgebungsverfahrens. Damit aber das Recht am Gewerbebetrieb ein "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellt, müßte sich aus den Rechtssätzen eines Gewohnheitsrechts ein solches subjektives absolutes Recht am Unternehmen ableiten lassen.

2. Inhalt eines gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes

Die Entstehung eines gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes beruht zwar auf einer tatsächlichen Übung[4], in seiner Struktur aber unterscheidet er sich von dem gesetzlichen Rechtssatz nicht. Auch er kann nur Rechtsfolgen anordnen,

---

1) RGZ 76, 115; RG WarnR 1912 Nr. 23; Staudinger-Brändl, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 42; Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., Bd. 1, S. 36; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, Bd. 1, § 40 II (S. 269/270); § 59 I 1; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 167/168; Reinicke, MDR 56, 324, 328

2) zur derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechts vgl. RGZ 37, 179; RG JW 32, 1862, 1865; BVerfGE 6, 309, 335; 9, 213, 221; BVerwGE 8, 317, 324; Staudinger-Brändl, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 42; Larenz, NJW 51, 497; Boehmer, Grundlagen, Bd. II/2, § 33; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 28; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 14; Baumann, Einführung, S. 33

3) Der im § 2 des Entwurf I zum BGB enthaltene Versuch, das Gewohnheitsrecht gesetzlich einzugrenzen (sog. Gestattungstheorie) wurde aufgegeben. Vgl. dazu Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, S. 8767 ff; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, Bd. 1, S. 270; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 123; Esser, Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 104; Staudinger-Brändl, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 42

4) vgl. Lehmann-Hübner, BGB AT, § 2 III

indem er sie einem bestimmten Tatbestand zuordnet.[1] Nicht hingegen kann er die "Richtigkeit" eines allgemeinen Rechtsgebildes ("Konstruktion"), z.B. Sicherungsübereignung, allgemeines Persönlichkeitsrecht, Haftung aus culpa in contrahendo, Ersatzpflicht aus positiver Forderungsverletzung usw., anordnen, die dazu dienen soll, die angeordneten Rechtsfolgen in logisch einwandfreier Weise miteinander zu verknüpfen und, soweit möglich, auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückzuführen.[2] Auch ein rechtswissenschaftlicher Begriff kann gewohnheitsrechtlich nicht anerkannt werden. Der Begriff des subjektiven absoluten Rechts und damit des "sonstigen" Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist ein rechtswissenschaftlicher Begriff[3], er kann also niemals verbindlicher Norminhalt eines gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes werden.[4]

Es kann daher nicht ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als "sonstiges" Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu Gewohnheitsrecht werden.[5] Für das Recht am Unternehmen bedeutet das, daß gewohnheitsrechtlich nur anerkannt sein kann, daß Rechtsfolge auch fahrlässiger Unternehmensbeeinträchtigungen eine Schadensersatzpflicht ist.

Da der gewohnheitsrechtliche Rechtssatz, insbesondere beim Umweg über den Gerichtsgebrauch, sich durch tatsächliche Übung anhand konkreter Fälle bildet, kann sein Norminhalt auch nur ein bestimmter, enger Tatbestand sein.[6]

---

1) Engisch, Einführung, S. 21; Larenz, Methodenlehre, S. 180
2) so ausdrücklich Larenz, NJW 51, 497, 498; vgl. auch Lehmann, BGB AT, 8. Aufl., § 7 III 1 d (S. 42)
3) Larenz, BGB AT, S. 217 bezeichnet das subjektive absolute Recht als eine Denkform
4) Hinsichtlich solcher rein rechtstechnischer Regelungen, die grundsätzlich nur dem Juristen verständlich sind, könnte sich auch gar keine echte allgemeine Rechtsüberzeugung bilden. Larenz, Festschrift für Schima, S. 247, 254; NJW 51, 497
5) Steindorff, JZ 60, 582, 584; Deutsch, JZ 63, 385, 391 FN 109; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 171; Larenz, Methodenlehre, S. 408; Körner, Der Rechtsschutz des Unternehmens, S. 80; Medicus, NJW 67, 354; Esser, Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 110; Buchner, S. 26; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, S. 16
6) Sauer, Juristische Methodenlehre, S. 412; Deutsch, JuS 67, 152, 154

Gewohnheitsrechtlich kann der Unternehmensschutz daher nicht auf eine Generalklausel[1], ein Rahmenrecht[2] oder einen Auffangtatbestand[3] gestützt werden. Ein derartiges Gewohnheitsrecht könnte sich vielmehr nur dahin entwickelt haben, daß ganz bestimmte Beeinträchtigungen eine Schadensersatzpflicht zur Folge haben.

Fikentscher[4] hat sie in drei Tatbestandsgruppen aufgegliedert: physische Behinderung des Gewerbebetriebs, Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Stellung des Gewerbetreibenden mit wirtschaftseigenen Mitteln[5] und Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Stellung des Gewerbetreibenden durch Berufung auf außerwirtschaftliche Werte.[6] Es ist durchaus denkbar, daß künftig noch weitere Fallgruppen sich herausbilden können.

Das "Recht am Gewerbebetrieb" kann daher nur als die "Breviloquenz" der einzelnen, eventuell gewohnheitsrechtlich anerkannten Tatbestände zum Schutz des Unternehmens gesehen werden.[7] Das Bestehen eines Gewohnheitsrechts ist für jeden dieser einzelnen Tatbestände jeweils gesondert festzustellen.

Wird ein Unternehmen in seiner Arbeit dadurch behindert, daß Demonstranten seinen Lieferanten, Arbeitnehmern, Kunden

---

1) v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 89 f; Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 19, 21; Mertens, Vermögensschaden, S. 103; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 404, 412; Schneider, Richterrecht, S. 18; Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 29; Säcker, ZRP 69, 60, 61; Kübler, JZ 67, 177, 178; Hauss, Anm. zu BGH LM § 823 BGB Nr. 18 (Ai); Deutsch, JZ 63, 385, 386; JuS 67, 152, 153; Fikentscher, Festgabe für Kronstein, S. 261, 287

2) Fikentscher, SchuldR, S. 501, 566; Esser, SchuldR AT. 3. Aufl., S. 57; Nipperdey/Säcker, NJW 67, 1985, 1987; Säcker, ZRP 69, 60, 61

3) BGH NJW 66, 1617, 1618; MDR 67, 753; JZ 68, 231, 232; Deutsch, JZ 68, 232, 233; Fritze, NJW 68, 2358, 2359; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 999

4) Fikentscher, SchuldR, 2. Aufl., § 103 II 1 a; Festschrift für Kronstein, S. 261, 288 f; vgl. auch Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., S. 406; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S. 482; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 92

5) Hierzu zählt er: unberechtigte Anmaßung eines gewerblichen Ausschlußrechts; Boykott, Streik; herabsetzende Werturteile in unnötig scharfer Form; Schutz von Betriebsgeheimnissen; Schutz sehr berühmter Marken, wo ein Wettbewerbsverhältnis fehlt.

6) Darunter sollen fallen: politischer Streik und politischer Boykott; Berufung auf demokratische Grundordnung, Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit usw.

7) so Buchner, S. 62

usw. den Zugang erschweren oder versperren, in den Betrieb eindringen und diesen besetzen usw., so gehört diese Art von Unternehmensbeeinträchtigung zur Fallgruppe "tatsächliche (physische) Behinderung der Unternehmenstätigkeit".[1)]

3. Voraussetzungen einer Gewohnheitsrechtsbildung

Gewohnheitsrecht ist ein durch tatsächliche Übung innerhalb einer Gemeinschaft erzeugter Rechtssatz.[2)]
Zu seiner Entstehung ist eine länger andauernde[3)], alle gleichgelagerten, sich ständig wiederholenden Tatbestände erfassende Übung (inveterata consuetudo) der Rechtsgenossen oder der Gerichte erforderlich.[4)]

Bei tatsächlicher Verhinderung von Betriebshandlungen bejahte das RG[5)] in ständiger Rechtsprechung einen Unternehmensschutz. Aber nur in wenigen Urteilen wurde die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen ausdrücklich mit diesem Gesichtspunkt begründet. Ganz wenige klagezusprechende Urteile lassen sich auf diesen Gedanken überhaupt zurückführen.

Maßgebliche Entscheidung für diese Fallgruppe war RGZ 76, 35, 46 f: Beim Boykott einer Gastwirt-

---

1) vgl. Fikentscher, aaO.; Esser, aaO.; Heckelmann, ArbuR 70, 166, 172
2) vg. Lehmann-Hüber, BGB AT, § 3 III
3) Eine bestimmte Häufigkeit dieser Übung ist nicht erforderlich. Sie kann je nach dem Einzelfall verschieden sein. Vgl. RGZ 37, 179; 52, 423. Im allgemeinen ist aber davon auszugehen, daß die Entstehung einer erheblichen Zeitspanne bedarf, insbesondere wenn sich das Gewohnheitsrecht gegen eine bestehende gesetzliche Regelung durchsetzen soll. (Gröpper, DVBL 69, 945; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 267). Bei noch nicht lang andauernder Übung kann die Einsicht in die Notwendigkeit eines bestimmten Verhaltens die Bildung der für das Gewohnheitsrecht nötigen Rechtsüberzeugung beschleunigen (LG Bremen, NJW 66, 2360/61; Medicus, NJW 67, 354). Zum exceptionellen Phänomen eines spontanen Gewohnheitsrechts vgl. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 26.
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 208, 266; Larenz, Methodenlehre, S. 338; Staudinger-Brändel, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 43; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 28
5) RGZ 76, 35, 46; 77, 217, 218 f; 79, 224, 226; 95, 339, 340; 100, 213, 214; 102, 223, 225; 119, 435, 438; 126 93, 96; 135, 242, 247; RG Recht 1916, Nr. 444; RG LZ 1930, Sp. 1135

schaft ("Fürstenhof") redeten die Boykottposten auf die ankommenden Besucher nicht nur ein, sondern versperrten die Eingänge, hinderten Lieferanten an der Zufahrt und drangen selbst in das Gasthaus ein. Das RG sah in diesem Verhalten einen nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtigen Eingriff. Seit dieser Entscheidung sprach es dann in ständiger Rechtsprechung von der "Unzulässigkeit der tatsächlichen Behinderung von Betriebshandlungen".
Diese Rechtsprechung wurde von einigen Oberlandesgerichten für die Fälle übernommen, in denen Arbeitswillige von Streikposten mit Gewalt oder Drohung am Betreten des Unternehmens gehindert worden waren.[1)]
Dementsprechend haben die Gerichte in den jüngsten Demonstrationshaftungsprozessen an das "Recht am Gewerbebetrieb" angeknüpft, in denen es um Schadensersatzansprüche von Zeitungsverlagen bzw. -druckereien, die in der Auslieferung ihrer Erzeugnisse durch Blockade ihrer Zufahrtswege behindert wurden, ging.[2)]

Eine ständige Rechtsprechung ("Gerichtsgebrauch") genügt aber, selbst bei einer "im Bewußtsein der Rechtsanwendenden und Rechtsunterworfenen verankerten Zwangsläufigkeit ihrer Anwendung"[3)], für die Annahme eines Gewohnheitsrechts noch nicht. Erforderlich ist ferner, daß die nach dieser Übung Handelnden der ernstlichen gemeinsamen Überzeugung sind, daß damit "Recht" geübt, d.h. einer "rechtlichen"

---

1) OLG Stuttgart OLG 43, 101; OLG Dresden JW 21, 760, 761 (anders: JW 22, 1728, 1729); OLG Franfurt JW 22, 307; KGZ, Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG, 22, 1
2) LG Frankfurt, Urteil vom 31. 10. 69 - 2/20261/68; LG Berlin NJW 69, 1119; BGH NJW 72, 1366; 72, 1571
3) so ausdrücklich BGH NJW 62, 2054, 2055;
Der Gerichtsgebrauch darf seinem Wesen nach nicht mit dem Gewohnheitsrecht gleichgesetzt werden. So aber offenbar die Protokolle des BGB, Mugdan I, S. 570; ferner Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Teil 1, S. 161; v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 14; Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 1, 8. Aufl., S. 63 f, 74; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S. 70: "Gewohnheitsrecht ist nichts anderes als Richterrecht".

Anforderung gefolgt wird (opinio necessitatis). Die allgemeine Übung muß sich also zu einer "Rechtsüberzeugung" verdichtet haben."[1] An einer solchen fehlt es, solange die Rechtsprechung einem erheblichen Widerstand, insbesondere im juristischen Schrifttum begegnet.[2]

Trotz jahrzehntelanger ständiger Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe des "Rechts am Gewerbebetrieb" sind die ablehnenden Stimmen in der Rechtswissenschaft nie verstummt,[3] ja sie nehmen in neuester Zeit zu.

Da jedoch Inhalt eines Gewohnheitsrechts allein die Rechtsfolge, d.h. beim Umweg über den Gerichtsgebrauch das Ergebnis der Rechtsprechung sein kann, können diese Gegenstimmen einer Gewohnheitsrechtsbildung nur dann entgegenstehen, wenn sie das Ergebnis der Rechtsprechung als solches, z.B. wegen der Unangemessenheit von Schadensersatzansprüchen bei nur (leicht) fahrlässigem Verschulden, ablehnen. Dagegen wäre es in diesem Zusammenhang unerheblich, wenn sie nur die konstruktive Ableitung kritisierten, das gleiche Ergebnis aber auf anderen Wegen zu begründen versuchten.

Ein großer Teil der Einwände aus dem Schrifttum richtet sich gar nicht gegen die Ergebnisse als solche, sondern nur gegen deren konstruktive Begründung.

---

1) RGZ 75, 41; 76, 113, 115; 102, 9, 12; 122, Anhang, S. 1, 9; 166, 233; 135, 345; 166, 233; 170, 32; RG DR 40, 587; BVerfGE 9, 109, 117; 15, 226, 232; 22, 114, 121; BVerfG NJW 70, 851; BGH NJW 57, 259; 58, 709; 61, 313; 62, 2054, 2055; 66, 833; BVerwGE 8, 317, 321; BAGE 5, 44, 47; BSG NJW 66, 692, 693; 67, 2079; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 39 I; Larenz, Methodenlehre, S. 338

2) RGZ 115, 314; BGH NJW 51, 800, 801; BGHZ 37, 219, 222; BSG NJW 66, 692, 693; OVG Münster NJW 69, 1044, 1047; Larenz, Methodenlehre, S. 339; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151, 163; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 39 I 3, § 39 II 3 b; Schwankhart, NJW 67, 377, 379; Staudinger-Brändel, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 52; Esser, Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 127; Rehfeldt, Einführung, S. 144; Merz, AcP 163, 305, 330; Hartmann, NJW 64, 793, 796

3) Die ablehnenden bzw. kritischen Stimmen in der Vorkriegsliteratur zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung können unberücksichtigt bleiben. Vgl. etwa v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1. Aufl., § 6 V; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 288 f, 290; Heck, SchuldR, § 148, 5 c; Müller-Erzbach, ZHR 71 (1912), 417, 423

Diese Kritiker wollen die gleichen Ansprüche über § 826 BGB[1], § 823 Abs. 2 BGB[2] bzw. § 823 Abs. 1 BGB ("Freiheit")[3] gewähren.

Demgegenüber verbleibt aber noch ein nicht unerheblicher Teil an Stimmen, die generell eine Ausweitung des deliktischen Unternehmensschutzes ablehnen[4] oder doch zumindest sich gegen eine voreilige Annahme eines Gewohnheitsrechts wenden.[5] Hat sich nämlich ein Gerichtsgebrauch zu Gewohnheitsrecht entwickelt, so kann das Gericht, auch wenn es erkannt hat, daß die bisherige Rechtsprechung zu recht unbilligen Ergebnissen führt, dieser besseren Erkenntnis nicht folgen, sondern es ist bis zur Außerkraftsetzung dieses Gewohnheitsrechts gebunden. Hierzu reicht ein bloßer Wegfall der Rechtsüberzeugung nicht aus[6], sondern es bedarf eines Eingreifens des Gesetzgebers oder der Bildung von entgegenstehendem Gewohnheitsrecht.[7]

---

1) Bötticher, BB 57, 621, 623; Ramm, ArbuR 64, 321, 326; 66, 161, 164; Steindorff, JZ 60, 582, 583; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 119; Schnorr, RdA 55, 223; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, S. 195 f

2) Gieseke, GRUR 50, 298, 308 f; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 11; Raiser, Summum ius, S. 145, 158/159; JZ 61, 465, 469; Deutsch, JZ 63, 385, 390

3) E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 682 f; JuS 68, 77, 78 f; van Geldner/Leinemann, ArbuR 70, 1/2; Leinemann, ArbuR 70, 289 f; Kim, Streikpostenstehen, S.31

4) Schumann, Handelsrecht, Bd. 1, S. 52 f; Reuß, AcP 156 (1957), 69, 100 f, 104; Wiethölter, KritJ 70, 121, 138; Simitis, Gutachten für 47. DJT, Bd. I, C 61 f; Steindorff, JZ 60, 582, 583 (erhebt Bedenken gegen eine Schadensersatzpflicht bei Fahrlässigkeit); Schultz, NJW 63, 1801, 1802; Bofinger, NJW 65, 1833, 1837/38; Völp, WuW 56, 31, 37; WRP 63, 109, 113; Hoffmann, ArbuR 68, 33, 35 f

5) Kübler, AcP 172 (1972), 177, 184; Koenigs, JuS 62, 342, 343; Fenn, JuS 65, 175, 182; Brox-Rüthers, Arbeitskampf, S. 119; Löwisch, Der Deliktsschutz, S. 119/120. In ihren letzten Auflagen haben Larenz (SchuldR BT, 10. Aufl., § 72 III b) und Esser (SchuldR BT, 4. Aufl., § 107 II c) ihre früher geäußerten erheblichen Bedenken (Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 66 I d; Esser, SchuldR BT, 3. Aufl., § 107 II) nicht mehr in der Weise aufrecht erhalten, von Gewohnheitsrecht sprechen sie aber immer noch nicht.

6) BGHZ 1, 369, 379; BGH NJW 62, 2054, 2056; Staudinger-Brändl, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 43; Coing, Rechtsphilosophie, S. 230; vermittelnd: Reinicke, MDR 56, 324, 325

7) BGHSt 11, 241, 247; BGH NJW 62, 2054, 2056; 66, 833; Bürck, AcP 171 (1971), 328, 345

Liegt aber lediglich eine ständige Rechtsprechung vor, so muß das Gericht, wenn es sie als unrichtig erkannt hat, von ihr abweichen und der neueren, besseren Erkenntnis folgen. Dem Fortschritt ist noch Raum gegeben, und die Rechtsprechung kann sich entwickeln.[1)]

---

1) Reinicke, NJW 56, 324, 325; Bürck, AcP 171 (1971), 326, 344; zur Rechtsnatur des Richterrechts vgl. unten S. 131f

Daß der deliktsrechtliche Unternehmensschutz sich noch in der Entwicklung befindet und daher die Bedenken gegen eine voreilige Annahme eines Gewohnheitsrechts nicht unbegründet sind, zeigt sich insbesondere an der Fallgruppe "herabsetzende (abträgliche) Werturteile."
Der Rechtsprechung des BGH lag zunächst die Tendenz zugrunde, einer negativen Kritik keinen allzu großen Spielraum zu geben, wenn gewerbliche Interessen berührt wurden. Das "Constanze-Urteil" (BGHZ 3, 270, 279) geht davon aus, daß gewerbeschädigende Werturteile, die den Boden der sachlichen Kritik verlassen, nur dann der Widerrechtlichkeit entkleidet sind, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Wahrnehmung rechtlich geschützter Interessen erforderlich sind. Dabei sei das kleinste, das schonendste Mittel zu wählen.
Bereits im "Waffenhändler-Urteil" (BGHZ 36, 77, 83 f) hat der BGH Bedenken geltend gemacht, ob bei gewerbeschädigenden Werturteilen an dem Erfordernis des "mildesten Mittels" festgehalten werden kann.
Im "Höllenfeuer-Urteil" (BGHZ 45, 296, 306) wird nur noch die böswillige und gehässige Schmähkritik für unzulässig erklärt.
Diese Entwicklung demonstriert, daß es zumindest im Bereich der gewerbeschädigenden Kritik eines besonderen "Rechts am Gewerbebetrieb" weder bedurft hätte noch bedarf, denn die letzte Entscheidung bedeutet praktisch die Rückkehr zu den engen Voraussetzungen des § 826 BGB. (vgl. Kübler, JZ 67, 177, 178; JZ 68, 542, 549).
Hätte bei dieser Fallgruppe tatsächlich schon Gewohnheitsrecht vorgelegen, so hätten die Gerichte nicht so ohne weiteres von der früheren Rechtsprechung abweichen können.

Selbst bei der Fallgruppe "Schutzrechtsverwarnung", Ausgangspunkt der Rechtsprechung zum Schutze des Gewerbebetriebs und Hauptkontingent der Fälle, in denen Rechtsschutz auch tatsächlich zugesprochen wurde (vgl. RGZ 58, 24; RG LZ 1914, Sp. 1146; RG JW 1913, 712; RGZ 94, 24; 141, 336; RG MuW 35, 26; RG GRUR 39, 787; 42, 54; BGHZ 14, 286; 38, 200; BGH GRUR 66, 386), spricht der BGH in einer jüngsten Entscheidung nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung, sondern nur von einer Lückenschließung im Wege der Rechtsfortbildung (BGH NJW 74, 315, 316).

Im Hinblick auf die Stimmen in der Rechtswissenschaft kann schwerlich davon gesprochen werden, daß sich die Fallgruppe "tatsächliche (physische) Behinderung der Unternehmenstätigkeit" bereits eindeutig zu Gewohnheitsrecht verfestigt habe. Eher bewegt sie sich noch auf der Grenze zwischen Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht.
Entspricht in einem solchen Fall ein eventueller gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz einem Ergebnis, das auch gemäß den Anforderungen an eine Rechtsfortbildung, denen auch ein Gerichtsgebrauch unterliegt, gewonnen werden kann, so ist es für eine Anwendung der in ihm vorgesehenen Rechtsfolge letztlich nicht so relevant, ob schon tatsächlich Gewohnheitsrecht besteht oder nicht, da das Ergebnis dann durch eine zulässige Rechtsfortbildung gedeckt ist.

Die Überprüfung eines (eventuellen) gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes, dem ein Gerichtsgebrauch zugrunde liegt, hinsichtlich der Voraussetzungen einer richterlichen Rechtsfortbildung ist auch insofern von Bedeutung, als trotz Annahme eines Gewohnheitsrechts nicht die Aufgabe entfällt, sich um eine befriedigende Begründung und um den dahinter stehenden "wahren Rechtsgrund" zu bemühen.[1)]

---

1) Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 479; Canaris, RdA 66, 42, 46, 49; Buchner, S. 33;
Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 40 II :"Erfordert ein Bedürfnis diese Auslegung, so wird das als der wahre Grund der Überzeugung anzusehen und Gewohnheitsrecht anzunehmen sein".

VI. Problem des Richterrechts im Zusammenhang mit dem "Recht am Gewerbebetrieb"

Der deliktsrechtliche Unternehmensschutz beruht heute in entscheidendem Maße auf einem Gerichtsgebrauch, sog. "Richterrecht".[1)]

Die Frage, ob Richterrecht "geltendes Recht"[2)], d.h. eine Rechtsquelle eigener Art ist, ist seit langem heftig umstritten.[3)] Bei diesem Problem, auf das hier nur im Grundsätzlichen eingegangen werden kann, geht es um interpretationstheoretische, verfassungsrechtliche und phänomenologische Gesichtspunkte.

---

1) Hierzu zählen alle Entscheidungsnormen, die nicht als fertiger Wertmaßstab dem Gesetz entnommen werden, sondern vom Richter erst durch wertende, konkretisierende und rechtsfortbildende Akte entwickelt werden. Vgl. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 459

2) Verstanden in einem normativen Sinn, also dahin, daß die Gerichte und die Rechtsgenossen an das Richterrecht wie an Rechtsnormen gebunden sind, sie befolgen sollen, und nicht lediglich im Sinne eines soziologischen Geltungsbegriffs, also dahin, ob eine überwiegende Chance dafür besteht, daß sich die Gerichte und letztlich der Verkehr nach dem Richterrecht tatsächlich richten.

3) Für eine grundsätzliche Bejahung des Richterrechts als eigenständige Rechtsquelle: Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 60 f, 269 f; Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle, S. 6 f, 8, 14, 20; Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 21 f, 37 f, 53 f, 65 f; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 445 f, 457 f, 471, 474; Institutionelles Rechtsdenken, S. 17; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 59 f, 84 f; Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 2 f; Säcker, Grundprobleme, S. 104 f; Gruppenautonomie, S. 55 f; ARSP 72, 215, 233 f; ZRP 71, 145; RdA 69, 291, 292 FN 9; Brüggemann, JR 63, 162; Redeker, NJW 72, 409; Ecker, JZ 69, 477, 481; Rasehorn, NJW 72, 81; Herschel, ArbuR 72, 129.
Grundsätzlich ablehnend: Larenz, Methodenlehre, S. 341, 403 f; Festschrift für Schima, S. 255; NJW 65, 1; Flume, Richter und Recht, 46. DJT, Bd. II, K 20; E. Schmidt, Gesetz und Richter, S. 16 f; Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 10 f, 16; Baring, JurJb 6 (1965/66), 29, 32; Forsthoff, DÖV 59, 41; Canaris, Systemdenken, S. 65 f, 86 f, 100 f; Feststellung. von Lücken, S. 17 f, 19 f, 31 f, 55 f, 97 f, 130 f, 144 f, 172 f; Esser, Grundsatz und Norm, S. 267 f, 289 f; Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 113 f, 118 f; Vorverständnis und Methodenwahl, S. 192; Arndt, NJW 63, 1273; Stein, NJW 64, 1745; Hirsch, JR 66, 334; Rupp, NJW 73, 1769; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 27; Raiser, NJW 64, 1201, 1208; Pehle/Stempel, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 5; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 58 IV, § 42 I 3; Reimann, DVBl 69, 951, 952 f

1. interpretationstheoretisch

Die richterliche Entscheidung beschränkt sich in ihrer Wirkung nicht auf die bloße Vollziehung vorgegebener Rechtssätze. Denn die Rechtsanwendung erschöpft sich nicht in einem reinen Erkenntnis- und Subsumtionsverfahren.[1] Rechtsetzung und Rechtsanwendung sind vielmehr gemeinsam Teile des arbeitsteiligen Prozesses aktueller Rechtsbildung: Erst der Rechtsanwender vollendet die gesetzliche Norm, indem er ihr Regelungsprogramm zur aktuell verbindlichen Regel konkretisiert. In jedem Akt gerichtlicher Gesetzesanwendung, auch wenn angeblich nur unter eine Norm subsumiert wird, liegt eine Rechtsbildung.[2]

Offenkundig ist dies bei der Anwendung der gesetzlichen Generalklausel, bei der Raum für eine wertende Beurteilung besteht. In den einzelnen Urteilen wird die Generalklausel konkretisiert. Die rechtsschöpfende Funktion der Rechtsprechung kann nicht bestritten werden.[3]

---

1) So die sog. "klassische juristische Methode", vgl in ihrem Sinne aus verfassungsrechtlicher Sicht vor allem Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 147 f, 213 f; Studium Generale, 68, 692, 694 f, Enneccerus-Nipperdey, AT, § 51, und Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, S. 15 f. Das richterliche Urteil ist dabei die logische Schlußfolgerung, ein kognitiver Akt (vgl. Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl, S. 47). In diesem "nomokratischen Ideal der Gesetzesexekutive" (Schröder, Gesetz und Richter im Strafrecht, S. 14), dem das klassische Gewaltentrennungsschema zugrunde liegt (vgl. Montesquieu, De l' esprit des Loix, XI/6: "la bouche qui prononce les paroles de la loi"), ist Rechtsprechung notwendig vom Gesetz qualitativ verschieden.

2) Zur sog. supplementären Funktion der Gesetzesanwendung vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung , S. 182; A. Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, S. 8; Esser, Grundsatz und Norm, S. 255; Vorverständnis und Methodenwahl, S. 191, 194; Larenz, Methodenlehre, S. 227 f; Festschrift für A. Nikisch, S. 275; Merz, AcP 163, 305, 318; Zippelius, NJW 64, 1981, 1985; Rupp, NJW 69, 1273, 1276; Reinhardt in Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung, S. 25; Stein, NJW 64, 1745, 1746; Herschel, ArbuR 72, 129, 130; Welzel, An den Grenzen des Rechts, S. 17; Heck, AcP 112, 1, 16; Wieacker, Richterkunst, S. 7 f;
BGH NJW 59, 2262: "Die Gerichte haben das Recht in der Weise fortzubilden, daß Gesetzeslücken geschlossen und die positiven Rechtsnormen von ihrem Grundgedanken her im Sinne einer Anpassung an die berechtigten Bedürfnisse einer sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgelegt werden."

3) BVerfGE 3, 225, 242; Engisch, Die Idee der Konkretisierung, S. 182; Steindorff, Summum ius, S. 58, 62

Am Beispiel [illegible] erfordern alle unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe eine richterliche Wertung. Dieses gilt bei nicht eindeutigem Wortlaut bzw. bei gesetzlichen Begriffen mit "unscharfen Rändern"[1]. In diesen Fällen ist die Einzelfallentscheidung grundsätzlich noch nicht fertig im Gesetz enthalten und daher aus diesem nicht durch bloße Anwendung zu gewinnen.

Da ferner die Rechtsordnung nicht als geschlossen und vollständig in dem Sinne gesehen werden kann, daß die bestehenden Gesetze eine lückenlose Regelung aller möglichen Konfliktsfälle bieten[2], muß der Richter die Entscheidungsregel selbst bilden, wenn er seine Entscheidung nicht aus einer gesetzlichen Norm ableiten kann.[3] Zwischen einer solchen (rechtsfortbildenden) Sentenz und einer Entscheidung, die das Gesetz angeblich nur anwendet, besteht kein wesensmäßiger Unterschied. In beiden Fällen liegt ein konkreter Rechtsetzungsakt des Richters vor, eine Entscheidung, was für den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt rechtens sein soll.[4]

---

1) Larenz, NJW 65, 1

2) Zur älteren, heute überholten Ansicht, daß jede richterliche Konfliktslösung schon in der Rechtsordnung enthalten ist und vom Richter nur aufgefunden und formuliert zu werden braucht, vgl. Zitelmann, Lücken im Recht, S. 27; Flume, Verh. 46. DJT 1966, Bd. II. K 5, 25; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 59 f.
Zur sog. realistischen Rechtstheorie vgl. Heck, AcP 112, 1, 20 f; K. Vogel, Verwaltungsrechtsnorm, S. 357 f, 362/363; Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 27; A. Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, S. 12; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 5 f; Larenz, Methodenlehre, S. 177; Schumann, ZZP 81 (1968), 79, 95 f

3) Larenz, Methodenlehre, S. 380; Stahlhacke, NJW 72, 1073, 1077

4) Auslegung und Rechtsfortbildung sind nicht wesensverschieden, sondern zwei Stufen eines gedanklichen Verfahrens. Der Unterschied liegt allein in der verschieden intensiven Anlehnung an die bestehenden Gesetze. Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 342; Merz, AcP 163, 305, 333; Esser, Vorverständnis, S. 175.
Praktisch ist es auch nicht möglich, eine präzise Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu ziehen. Vgl. Bosch, FamRZ 66, 57, 69; Mayer-Maly, RdA 70, 289, 293; Merz, AcP 163, 305, 328; Herschel, ArbuR 72, 129, 130; Starck, JZ 72, 609; Meyer-Ladewig, DRiZ 62, 317, 319; Bachof, JZ 63, 697, 699; Engisch, Einführung, S. 137, 153; Reuß, ArbuR 72, 136, 142

Durch eine derartige interpretative Rechtsanwendung wird das wirklich geltende Recht als inhaltlich bestimmte Norm, als "law in action" erst geschaffen.[1] Diese in diesem Sinne "geltende Norm" ist allerdings konkret-individual, weil auf den einzelnen Sachverhalt bezogen[2]; denn nur die sachverhaltsbestimmte ("angewandte") Norm kann rechtswirklich ("geltend") werden.[3]
Orientiert sich die richterliche Rechtsanwendung so am Sachverhalt, so kann auch das Richterrecht als Produkt der Rechtsanwendung nur mit konkret-individualer und nicht mit abstrakt-genereller Rechtsgeltung ausgestattet sein.[4]
Interpreationstheoretisch kann das Richterrecht nicht zur selbständigen Rechtsquelle werden.

2. verfassungsrechtlich

Ein entscheidender Grund für die Ablehnung einer normativen Geltung des Richterrechts ist ferner das Fehlen einer kompetentiellen Befugnis zur abstrakt-generellen Normsetzung für die richterliche Rechtsfindung.
Rechtsetzung ist immer ein Kompetenzproblem. Die Begründung oder Ableitung von Kompetenzen steht stets unter dem Vorbehalt der parlamentarisch-demokratischen Ermächtigung. Der rechtsprechenden Gewalt kann daher niemals "von selbst" eine materielle Gesetzgebungsbefugnis zufallen.

---

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 287
2) Lüdersen, Erfahrung als Rechtsquelle, S. 106
3) Scholz, Koaltionsfreiheit, S. 91 f
4) Kelsen, Reine Rechtslehre, S, 260, spricht vom "individuellen Recht"; Engisch, Die Idee der Konkretisierung, S. 182, spricht von einer konkreten Rechtsordnung, die neben die abstrakte, in den Gesetzen gegebene Rechtsordnung tritt.
Vgl. auch § 12 ABGB; Art. 5 Code civil: "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et reglementaire sur les causes que leur sont soumises".

Nur für Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit begründen die kompetentiellen Ermächtigungen der §§ 31 Abs. 1, Abs. 2, 67 Satz 3 BVerfGG in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 GG die Möglichkeit einer generellen Normwirkung.[1] Der allgemeinen Gerichtsbarkeit fehlen solche oder entsprechend wirksame Befugnisse.

Da dem Grundgesetz eine kompetenzrechtliche Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse im Sinne des Subsidiaritätsprinzips unbekannt ist[2], kann auch eine subsidiäre Rechtsetzungsbefugnis der Rechtsprechung nicht bestehen.

Ihr Fehlen überspielt auch nicht der Grundsatz vom angeblich "inexistenten Rechtsetzungsmonopol der Legislative" bzw. deren "bloßer Rechtsetzungsprärogative".[3] Er gilt nur insoweit wie die rechtsstaatskonforme und demokratisch legitimierte Legislativermächtigung gegeben ist[4], denn erst sie verkürzt das parlamentarische Rechtsetzungsmonopol zur Rechtsetzungsprärogative.

Das gleiche gilt für den Grundsatz vom "Schweigen des Gesetzgebers"[5]. Denn ein Schweigen des Gesetzgebers schafft noch keine Ermächtigung zur subsidiären Ausübung der legislativen Rechtsetzungsbefugnisse.

---

1) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 290 f; Esser, Grundsatz und Norm, S. 242; Geiger, NJW 54, 1057. Auch die "tragenden Entscheidungsgründe" nehmen an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG teil. Vgl. BVerfGE 1, 14, 15, 35; BVerfG NJW 73, 1539; BGHZ 13, 265, 272

2) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 274, 313; Scholz, Koaltionsfreiheit, S. 167; Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 46 f

3) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 60 f; Säcker, Grundprobleme, S. 101

4) Von dieser Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive gemäß Art. 80 GG kann nicht auf eine solche der Rechtsprechung geschlossen werden, so aber Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle, S. 14.
Das Problem der demokratischen Legitimation des Richterrechts läßt sich auch nicht, wie von Säcker, ZRP 71, 145, 149, zur Diskussion gestellt, über die Richterwahl lösen. Denn zunächst geht es um die demokratische Legitimation der richterlichen Funktion (Delegation) und nicht um die demokratische Legitimation der richterlichen Organstellung.

5) Flume, Verh. 46. DJT 1966, Bd. II, K 5, 22; anders jedoch BVerfGE 19, 166, 177; Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, S. 63; Grundprobleme, S. 114 f; ARSP 72, 215, 223

Auch aus dem Grundsatz vom "Justiziellen Rechtsverweigerungsverbot" folgt ebensowenig eine Ermächtigung zur lückenschließenden Rechtsetzung[1], denn die Rechtsordnung ist nicht vorgegeben lückenlos.

3. phänomenologisch

Phänomenologisch ergibt sich für das Richterrecht, daß Untergerichte, Exekutive und Rechtsgenossen sich bei ihren Entscheidungen an der "feststehenden Rechtsprechung" orientieren[2], ja sie mögen sie sogar als verbindlich empfinden.

Der Rang der Rechtsquelle bleibt dem Richterrecht aber mangels kompetentieller Ermächtigung verschlossen; denn auch diese Empirie der Rechtswirklichkeit kann nicht den strukturellen Gegensatz von Normativität und Faktizität überbrücken.

---

1) Nach Larenz, NJW 65, 1, 2 soll der Richter lediglich verpflichtet sein, überhaupt eine Entscheidung zu treffen. Eine Ermächtigung zur lückenschließenden Rechtsetzung bejaht dagegen Säcker, Grundprobleme, S. 101 f, 116; Gruppenautonomie, S. 66; ARSP 72, 215, 224, 229

2) Zum Verschulden eines Vollstreckungsrichters bei Nichtbeachten einer ständigen Rechtsprechung, vgl. RG JW 29, 3301.
Zur Amtshaftung bei Nichtbefolgen einer ständigen Rechtsprechung durch die Exekutive, vgl. OVG Hamburg, DVBl 58, 328; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., § 64 I b 6.
Ein Rechtsanwalt, der eine ständige Rechtsprechung nicht beachtet, kann sich berechtigten Ersatzansprüchen seiner Mandanten aussetzen. Vgl. RG JW 16, 34; RG HRR 1936, 330; BGH NJW 52, 425; 58, 825; 62, 105, 107; OLG Karlsruhe, NJW 65, 1023, 1024.
Zur Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, sich bei ihren Anklagen nach der ständigen Rechtsprechung zu richten, vgl. BGHSt 15, 155; anderer Ansicht Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 9. Aufl., S. 37 f; Sarstedt, NJW 64, 1752.
Eine ständige Rechtsprechung begründet auch den ordre public des Art. 30 EGBGB, vgl. Brüggemann, JR 63, 162, 169.
Zur phänomenologischen Seite des Richterrechts vgl. auch Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 25 f; E. Schneider, Logik für Juristen, S. 349

4. rechtsmethodisch

Der Grund für die Beachtung einer ständigen Rechtsprechung ist, daß sie eine bestimmte Rechtserwartung, d.h. die faktische Aussicht auf eine frühere Kontinuität wahrende Fallentscheidung, begründet.[1] Diese Erwartung besitzt aber nicht in dem Sinne normativen Gehalt, daß sich an ihre Erfüllung ein rechtlicher Anspruch knüpfen ließe.
Larenz[2] spricht zwar von einem "Geltungsanspruch" des in der gerichtlichen Entscheidung enthaltenen Satzes, gründet diesen aber nur auf seine methodisch richtige Gewinnung, womit er für jeden einsehbar geworden sei. Ein überzeugend gebildeter Satz werde durch die "Nachfolge heischende Wirkung"[3] rein tatsächlich als maßgeblich beachtet.
Auch nach Esser[4] beruht die faktische Maßgeblichkeit des Richterrechts "auf seiner fortbestehenden sachlichen Richtigkeit und Übereinstimmung mit der lebenden Rechtsüberzeugung". Eine ständige Rechtsprechung könne nur als Erkenntnisquelle des Gesetzesinhalts dienen und müsse bei neuen

---

1) Zur faktischen Geltung des Richterrechts vgl. Max Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts, S. 64 f; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243, 253, 275 f; Heck, AcP 112, 1, 248; Zippelius, NJW 64, 1981, 1986; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 24.
Was der BGH (BGHZ 23, 184, 189) unter "faktischer Rechtsgeltung" versteht führt er nicht weiter aus. In einem Gutachten (BGHZ 11 Anhang S. 52/53) sagt er eindeutig: "Der deutsche Richter setzt bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken zunächst noch nicht objektives Recht, das für ähnliche Fälle oder für ihn selbst bindend wäre, sondern findet - unter Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GrundG) - nach dem Geist und den Wertentscheidungen des allgemeinen Normensystems und seinem objektivierten richterlichen Ermessen das Recht zunächst nur für den von ihm zu entscheidenden Einzelfall".
2) Methodenlehre, S. 340, 381, 407; Festschrift für H. Schima, S. 247, 261; BGB AT, S. 8; vgl. auch Ecker, JZ 69, 477, 480
3) Heck, AcP 112, 1, 246; vgl. auch Ecker, JZ 69, 477, 480; Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 53, 71, 131
4) Festschrift für F. von Hippel, S. 95, 117 f, 129

Einsichten jederzeit durch eine bessere Normfindung ersetzt werden können.[1)]

Daher kann auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ein Festhalten an einer langen Rechtsprechungsserie nicht begründet werden.[2)] Ergeben sich bei methodisch richtigem Vorgehen bei gleichliegenden Tatbeständen[3)] gleiche Ergebnisse, so ist dies eine Folge des jeweiligen Rechtsfindungsvorganges und beruht nicht auf einer Bindung an frühere Entscheidungen.[4)] An methodisch fehlerhaft gewonnene Vorentscheidungen kann der Gleichheitsgrundsatz das Gericht bei späteren Entscheidungen nicht binden. Ein abweichendes Urteil kann auch Folge einer Änderung der vom Gericht vorzunehmenden Wertung sein, dagegen kann mit dem Gleichheitsgrundsatz ebenfalls nicht vorgegangen werden.[5)]

Als eine Bindung an Vorentscheidungen kann auch nicht die Forderung des BAG, daß ein oberes Bundesgericht von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht abweichen soll, wenn sowohl für die eine wie für die andere Ansicht gute Gründe sprechen[6)], aufgefaßt werden. Im Interesse der Stabilität der Rechtsprechung soll diese Aussage vielmehr als Richtlinie für die den Gerichten offenstehende Wertung gelten.[7)]

---

1) Esser, Festschrift für F. von Hippel, S. 95, 120, 129; Vorverständnis und Methodenwahl, S. 192.
Zum Richterrecht als Rechterkenntnisquelle vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 407; Festschrift für Schima, S. 247, 261 f; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 10f

2) BVerfGE 18, 224, 240; Larenz, Festschrift für Schima, S. 247, 256; anders Zippelius, NJW 64, 1981, 1985; JZ 70, 241, 245; Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 271; Mertens, JuS 67, 97, 104 f.
Zur Bedeutung des Grundsatzes der Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang vgl. unten S. 163 ff

3) Es gibt zwar nicht zwei Fälle, die in jeder denkbaren Hinsicht gleich liegen, aber für die rechtliche Gleichbehandlung der Fälle kommt es nur auf diejenigen Elemente an, die für die rechtliche Beurteilung überhaupt von Bedeutung sind. Vgl. Larenz, Festschrift für Schima, S.247, 252, 255; Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S. 31f

4) Bürck, AcP 171, 328, 345

5) BVerfGE 18, 224, 240; Larenz, Festschrift für Schima, S. 247, 252, 261; Methodenlehre, S. 410; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 192; Buchner, S. 38

6) BAG AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG; AP Nr. 13 zu § 76 BetrVG

7) BAG, aaO. "Einer bloß bewährten Rechtsprechung braucht ein deutsches Gericht - im Gegensatz zu dem englischen - nicht zu folgen, wenn es auch ohne überzeugende Gegengründe nicht von ihr abweichen sollte".

Das Richterrecht der allgemeinen Gerichtsbarkeit ist also aus der Sicht der Normativität unvollkommen. Gerade hierin liegt aber seine besondere Qualifikation.

Kommen dem Richter Zweifel an der Richtigkeit der Vorentscheidungen, so darf er sich auf sie nicht unbesehen verlassen, sondern muß sich ein eigenes Urteil bilden.[1] Gelangt er zu der Überzeugung, daß die bisherige Rechtsprechung eine unrichtige Auslegung oder unzulässige Rechtsfortbildung darstellt oder daß die damals entschiedene Frage heute wegen eines Bedeutungswandels der Norm oder einer grundlegenden Veränderung der für ihre Auslegung maßgeblichen Verhältnisse anders entschieden werden muß, so ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar dazu verpflichtet, von den Vorentscheidungen abzugehen.[2] Denn darüber, ob die in der bisherigen Rechtsprechung enthaltene Gesetzesauslegung oder Rechtsfortbildung richtig ist, hat der Richter grundsätzlich anhand des konkreten, dem Gericht zur Entscheidung angetragenen Rechtsstreits erneut selbst zu entscheiden.[3]

Durch diese Sachverhaltsorientierung erhält das Richterrecht seinen Bezug zur Realität. Die richterliche Entscheidung regelt konkrete Realität und steht zugleich unter dem faktischen Vorbehalt der sich ändernden Realität - neue Sachverhalte mit neuen Ordnungsbedürfnissen. Durch dieses Verhältnis zur Rechtswirklichkeit empfängt das Richterrecht seine inhaltliche Offenheit und materielle Beweglichkeit, d.h. gerade die Eigenschaften, die das Richterrecht zum faktischen "Ersatzgesetzgeber" dort werden ließ, wo der parlamentarische Gesetzgeber mit der Dynamik der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse nicht Schritt zu halten vermochte.[4]

Diese Leistung verdankt das Richterrecht aber gerade seiner normativen Unvollkommenheit; denn nur sie vermittelt ihm

---

1) Larenz, Festschrift für Schima, S. 247, 262
2) Larenz, Methodenlehre, S. 340, 405; Festschrift für Schima, S. 247, 255; Esser, Festschrift für F. von Hippel, S. 95, 113/114
3) Larenz, Methodenlehre, S. 405
4) Zeidler, DRiZ 72, 221, 226; Redeker, NJW 72, 409, 410; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 10 f; Biedenkopf, Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsschöpfung, S. 24 f

die Fähigkeit zur elastischen, entwicklungskonformen und sachverhaltsorientierten Regelung.[1)]

Mit den Entscheidungen zum "Recht am Gewerbebetrieb" ist Recht immer nur für den Einzelfall gesetzt worden. Für neue Fälle können diese Entscheidungen nur faktisch bedeutsam werden, soweit sie als richtig, d.h. den Anforderungen an eine richterliche Rechtsfindung entsprechend anzusehen sind.

Die Verwertung der Vorentscheidungen für die Findung des Rechts im neuen Fall erfolgt im Wege der Analogie. Es werden die Rechtsähnlichkeit der Fälle festgestellt und dann die früher erarbeiteten maßgeblichen Bewertungsprinzipien zur Anwendung gebracht.[2)]
Es kommt also darauf an, ob die Erweiterung des Unternehmensschutzes im Wege der Rechtsfortbildung zulässig ist.

---

1) Arndt, NJW 63, 1273, 1276; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 28; Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 275, 296/297; BGB AT, S. 8 f; Pehle/Stempel, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 6
2) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 64

VII. Unternehmensschutz aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung

1. Legitimation des Richterrechts und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

a) Befugnis zur Rechtsfortbildung

Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht in der Verwirklichung des "Rechts" in der Einzelfallentscheidung.[1)]
Das Recht ist aber nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Die gegenteilige Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen. Die Idee einer geschlossenen Kodifikation hat sich als Illusion erwiesen; " so wenig wie das Leben selbst kann die mit lebensorientierten Begriffen arbeitende Rechtsordnung lückenlos sein".[2)] Gegenüber den positiven Regelungen kann unter Umständen ein Mehr an "Recht" bestehen.[3)] Da die gemäß den Gesetzen entschiedenen Fälle wegen der umfangreichen Kodifikationen rein tatsächlich im Vordergrund stehen, ist dies nicht immer so offensichtlich.
Der Jahresbericht des BGH für das Jahr 1966 stellt mit aller Offenheit fest: "Darüber ist jedenfalls unter Juristen kein Zweifel möglich, daß in allen übersehbaren Zeiträumen das verwirklichte Recht eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht gewesen ist und daß dasjenige Recht, das sich in den Erkenntnissen der Gerichte verwirklicht hat, sich niemals in allem mit demjenigen Recht gedeckt hat, das der Gesetzgeber gesetzt hatte".[4)]

---

1) BGHZ 11, Anhang S. 34, 52; Larenz, Methodenlehre, S. 400; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 29 f
2) so Diederichsen, ZRP 74, 53, 54; vgl. auch RG JW 22, 910; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 58 I; Larenz, Methodenlehre, S. 341 f; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 17 f
3) BVerfG NJW 72, 1221, 1225; Larenz, Methodenlehre, S. 400; Darmstaedter, NJW 57, 769; A. Kaufmann, Festschrift für E. Wolf, S. 357, 381 f; JuS 65, 1, 7 f;
4) vgl. Abdruck in NJW 67, 816 f

Der Richter, der im konkreten Fall "Recht" zu sprechen hat, entscheidet über die widerstreitenden Interessen.
Die gesetzlichen Normen enthalten die vom Gesetzgeber abstrakt vorgenommene Bewertung der als regelungsbedürftig erachteten Interessenkonflikte.[1] Findet der Richter für die Entscheidung des konkreten Falles eine vom Gesetzgeber bereits getroffene Regelung vor, so ist diese grundsätzlich verbindlich. Dies folgt aus der Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG.[2] Eine bewußte rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers muß der Richter auch dann beachten, wenn sie sich aus den bisherigen erkennbaren Wertungen der Rechtsordnung nicht entnehmen läßt, denn der Gesetzgeber ist vornehmlich dazu berufen, die Rechtsprinzipien zu gestalten und Wertentscheidungen zu treffen, die Wertungen der Rechtsordnung also erst zu setzen.
Die Gesetze bilden aber nur die Grenze der richterlichen Rechtsfindung. Besteht für den zu entscheidenden Interessenkonflikt keine gesetzliche Regelung, so ergibt sich aus dem "Rechtsverweigerungsverbot" [3], daß der Richter den Rechts-

---

1) Heck, AcP 112, 1, 17; Westermann, Interessenkollision und richterliche Wertung, S. 4

2) vgl. auch Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG, § 25 DRiG; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 244 f; Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 374; Larenz, Methodenlehre, S. 400; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 23; Säcker, ZRP 71, 145, 146.
Der Richter ist nicht nur an alle bestehenden gesetzlichen Wertungen, sondern auch an die "Fernwirkungen" dieser gesetzlichen Werturteile gebunden. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interpretationsjurisprudenz, S. 230; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 139 f; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 139 f, 267 f, 270, 286 f, 319 f; G. und D. Reinicke, NJW 55, 1662, 1663; D. Reinicke, JuS 64, 421, 426 f

3) Das Verbot der Rechtsverweigerung ist ausdrücklich in Art. 6 Abs. 1 der Konvention des Europarates zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (BGBl. 1952 II 686) ausgesprochen.
Vorher war es gewohnheitsrechtlich anerkannt. Vgl. Schumann, ZZP 81 (1968), 79, 89 f; Enneccerus-Nipperdey, AT, §§ 42I 1, 51 I 3, 58 I; Larenz, Methodenlehre, S.439; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., Einl. III 5 D; Engisch, Einführung, S. 155.
In anderen Rechtsordnungen findet sich dieser Rechtssatz expressis verbis. Vgl. Art. 4 Code civil:" Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de demi de justice"; ferner Art. 12 Codice civile; Art. 1 ZGB

streit dennoch zu entscheiden hat und die Klage nicht mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage abweisen kann. Er muß sich dann selbst um eine Abgrenzung der widerstreitenden Interessen bemühen und entscheiden, was im konkreten Fall als Recht anzusehen ist.[1)]

Hiervon ging auch der BGB-Gesetzgeber aus. Er wollte die richterliche Rechtsfortbildung nicht ausschließen, da er sich bewußt war, daß eine auch noch so umfassende Kodifikation die auftretenden Interessenkonflikte nicht annähernd erschöpfend regeln kann. Das Verhältnis der richterlichen Tätigkeit zum geschriebenen Gesetzesrecht sah er als eine Frage, die der Macht des Gesetzgebers entrückt sei.[2)]

In der Rechtswissenschaft wird die Befugnis der Gerichte, praeter legem zu entscheiden, weitgehend anerkannt[3)], obwohl sie nicht auf eine besondere gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche[4)] Grundlage gestützt werden kann.

---

1) BGHZ 11 Anhang S. 34, 52; Reinicke, JuS 64, 421, 422; Larenz, Methodenlehre, S. 400; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 42 I 1; Staudinger-Brändel, Einl. vor § 1 Rdnr. 72

2) Protokolle, Bd. IV, S. 362; Motive zum BGB, Bd. I, Allg. Teil, S. 7

3) Arndt, NJW 63, 1283; G. Becker, Festschrift für Lehmann, Bd. 1, S. 70, 82; Berges, DRiZ 62, 369; de Boor, Festschrift für Niedermeyer, S. 31, 35; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, S. 49, 106; Darmstaedter, NJW 57, 770; Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 346; v. Hippel, DRiZ 54, 65, 66 f; Larenz, Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildungen, S. 5; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S, 96; Meyer-Ladewig, DRiZ 62, 317, 320; Justizstaat und Richterrecht, AcP 161, 97, 128; Schmidt, Probleme der richterlichen Verantwortung, DRiZ 63, 376, 382; anderer Ansicht: Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S. 40; Hirsch, JR 66, 342; Reuß, DÖV 63, 361, 363

4) vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 19; Merz, AcP 163, 305, 307.
Staudinger-Brändel, BGB, Einleitung vor § 1 Rdnr. 73: "Auch für den deutschen Richter gilt kraft Gewohnheitsrechts, was der berühmte Art. 1 des Schweiz. ZGB über die Anwendung des Rechts sagt: kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

§ 137 GVG[1] ist nicht eine die Rechtsfortbildung erst ermöglichende Norm[2], denn sonst wäre nur dem Großen Senat eine Rechtsfortbildung möglich. Ebensowenig wie die Sorge um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist auch die Fortbildung des Rechts nicht lediglich eine Aufgabe des Großen Senats. § 137 GVG will vielmehr sichern, daß der Große Senat nicht auch noch mit anderen Aufgaben belastet wird.[3]
Der BGH will aus Art. 20 Abs. 3 GG die Befugnis und die Pflicht zur Rechtsfortbildung ableiten.[4] Art. 20 Abs. 3 GG bedeutet aber mehr eine Schranke richterlicher Freiheit, nicht aber die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung.[5]

Die Befugnis der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung praeter legem bedarf keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung, sie folgt vielmehr "aus der Systemrationalität des Rechts und der Stellung des Rechtsanwenders in einem Entscheidungsprozeß, der dieses System nur dadurch leistungsfähig erhält, daß er es rückinformierend mit jenen Bewertungsmaßstäben und Ordnungsgedanken ausfüllt, die bei neuen Konfliktslagen und neuen Entscheidungshorizonten auftreten".[6]

---

1) vgl. auch § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, § 11 Abs. 4 VwGO, § 11 Abs. 4 FGO
2) so aber noch BGHZ 3, 308, 315: "Dem Großen Senat des Reichsgerichts sei die Aufgabe der Fortbildung des Rechts durch § 137 Abs. 1 GVG in der Fassung des Gesetzes vom 28. 6. 1935 "übertragen" worden".
In späteren Entscheidungen ging der BGH selbst davon aus, daß die richtige, d.h. dem Recht gemäße Anwendung des positiven Rechts dem Richter gestattet, daß Recht im Sinne seiner Weiterbildung durch "Auslegung" des Gesetzesrechts fortzubilden. Eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes müsse auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut Platz greifen. Vgl. BGHZ 4, 153, 157; 17, 266, 275 f; 18, 44, 49 f; 23, 184, 189
3) BSGE 2, 168, 177: "Die Fortbildung des Rechts ist Pflicht eines jeden Senats, nicht nur des Großen. Sie wird ständig geübt". Vgl. auch Auffarth-Schönherr, Arbeitsgerichtsgesetz, § 73 Anm. 7; Denecke, RdA 53, 412; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung, Bd. 1, § 1 GVG Anm. 3 aaa
4) BGHZ 3, 308, 315; 17, 266, 275
5) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 51 II 4; Brüggemann, JR 63, 162, 166; Buchner, S. 44
6) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 179; vgl. auch Flume, Verh. 46. DJT, Bd. II, K 5, 22 f, 25.
Auch das BVerfG erkennt die Rechtsfortbildung als echte richterliche Aufgabe an, ohne eine positivrechtliche Grundlage dafür zu nennen. Vgl. BVerfGE 3, 225, 243; 13, 153, 164; 18, 224, 237; 19, 166, 176; 25, 167, 183; BVerfG NJW 73, 1221, 1225

Bei dem Problem der richterlichen Rechtsfortbildung geht es heute auch nicht mehr um das "Ob", sondern um das Ausmaß ("wie weit") der Freiheit des Richters.[1)]
Die Frage nach dem Ausmaß der Freiheit des Richters führt zwangsläufig zu der Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen derselben; denn die Grenzen aller richterlichen Befugnisse ergeben sich aus dem Grundgesetz.[2)]
Die Grenzen, die vom Grundsatz der Gesetzesbindung her der schöpferischen Rechtsfindung des Richters gezogen werden müssen, lassen sich nicht abstrakt für alle Rechtsgebiete und für alle Rechtsfragen bestimmen.[3)]

Ausgeschlossen ist eine richterliche Rechtsfortbildung im Strafrecht bezüglich der Schaffung neuer oder der Erweiterung vorhandener Tatbestände und der Verschärfung der Strafolgen.[4)]
Auch im öffentlichen Recht ist eine Rechtsfortbildung hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage für belastende Verwaltungsakte unzulässig, sog. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.[5)]
Eine Beeinträchtigung der Freiheitssphäre des einzelnen durch den Staat soll nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes möglich sein. Zwar wird auch durch privatrechtliche Normen, insbesondere durch die §§ 823 ff BGB, die Freiheitssphäre des einzelnen beschränkt, aber doch nur, um sie mit der Freiheitssphäre der anderen zum Ausgleich zu bringen.[6)] Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, so ist dieser Ausgleich für den konkreten Fall durch die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.[7)]

1) BVerfG NJW 73, 1221, 1225; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 14; Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 25; Jahresbericht 1966 für den BGH, NJW 67, 816; G. und D. Reinicke, NJW 54, 1217; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 111;
ablehnend: Hirsch, JR 66, 334, 341:" Richterrecht ist für eine Rechtsordnung, die wie die unserige strukturiert ist, eine contradictio in adiecto, ja mehr noch: es bedeutet Rechtsbruch". Ähnlich Stein, NJW 64, 1745, 1748; Forsthoff, DÖV 59, 41;
ausdrücklich gegen Hirsch: Habscheid, aaO., S. 30; Kübler, DRiZ 69, 379, 383; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 29 f; Esser, Festschrift für F. von Hippel, S. 95, 115
2) Larenz, NJW 65, 1, 2
3) BVerfG NJW 73, 1221, 1225; Fischer, Weiterbildung, S. 5
4) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Rdnr. 111
5) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 130; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., § 30 III b
6) s. oben S. 10
7) Buchner, S. 50

b) verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung

aa) Grundsatz der Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung - unabtrennbarer Bestandteil des modernen Rechtsstaatsverständnisses[1] - besagt, wie sich aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ergibt, daß Gewaltenteilung nicht etwa nur Funktionenunterscheidung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung[2], sondern auch und insbesondere Zuweisung dieser unterschiedlichen Funktionen an grundsätzlich gesonderte Organe, Funktionszuweisung bedeutet.[3]

Die Gerichte können daher nur die Funktion wahrnehmen, die ihnen nach der Verfassung zukommt, und das ist die rechtsprechende Gewalt.[4]

Die richterliche Rechtsfortbildung bedeutete eine Überschneidung mit der gesetzgebenden Gewalt und könnte daher

---

1) BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183, 188; 9, 268, 279; BVerfG NJW 73, 451; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 497 f; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Anm. 74

2) vgl. Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, S. 11; Menger, Moderner Staat und Rechtsprechung, S. 24

3) v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1, S. 598; Holtkotten in Bonner Kommentar, Art 92 Anm. II 1 a; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 78; BGHZ 11, Anhang S. 34, 50.
Maunz-Dürig, aaO., Anm. 76: "Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG zerlegt gedanklich die Staatsgewalt, die als solche nicht teilbar ist, hinsichtlich ihrer Ausübung in die traditionellen drei Gewalten. Genauer: Diese Vorschrift behält dreifach gegliederte Staatstätigkeiten dreifach gegliederten Staatsorgangruppen vor". Vgl. auch Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 20 Anm. II 2 a; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 595.
Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt der Sinn der Gewaltenteilung nicht darin, daß die Funktionen der Staatsgewalt scharf getrennt werden, sondern daß die Organe der Legislative, der Exekutive und der Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsgewalt gemäßigt und die Freiheit des einzelnen geschützt wird. BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183, 188; 9, 268, 279; 12, 180, 186; 22, 106, 111; BVerfG NJW 73, 451

4) BVerfGE 3, 225, 247

dem Grundsatz der Gewaltenteilung entgegenstehen,[1] wenn die Gerichte gesetzgeberische Akte, d.h. abstrakt, generell geltende Rechtssätze setzten.

Die gerichtliche Entscheidung stellt fest, was im konkreten zur Entscheidung stehenden Fall als Recht anzusehen ist. Dadurch entsteht zwar "neues und anderes Recht", aber eben nur für den Einzelfall. Ihre darüber hinausgehende Wirkung ist lediglich eine faktische und zwar bedingt durch die methodisch überzeugende Ableitung.[2] Der Bestand des gesetzlichen, abstrakt und generell geltenden Rechts wird nicht berührt und dessen Entwicklung allein der Legislative überlassen.[3]

Die richterliche Entscheidung, auch wenn sie erst aufgrund einer Rechtsfortbildung gewonnen wird, ist kein gesetzgeberischer Akt, sondern "Rechtsprechung" im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG.[4]

Aufgrund dieses Wesensunterschieds zwischen richterlicher Rechtsfindung und Gesetzgebung kann eine Überschneidung dieser gesonderten Gewaltenbereiche nicht gegeben sein.

---

1) Das Gewaltenteilungsprinzip ist in keiner Weise praktisch oder auch nur theoretisch rein durchführbar. Dieser Vorbehalt ist seit langem Allgemeingut der Verfassungstheorie. Wesentlich ist nur, daß keine der drei Gewalten in den Kernbereich einer anderen hinübergreifen darf, daß also jede in ihrem Kernbereich unangetastet bleiben muß (Intention, Intensität, Quantität). Vgl. BVerfGE 3, 225, 247; 9, 269, 279; 12, 180, 186; 22, 106, 111; BVerfG NJW 73, 451; BGHZ 11 Anhang, S. 34, 50; BVerwGE 1, 4, 9; 7, 294, 295;
G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 607; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 182 ff; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 598 f; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnrn. 79, 81

2) vgl. oben S. 132 f, 137 f

3) BVerfG NJW 73, 1221, 1226: "Gegen die Methode der Rechtsprechung des BGH (hier: zum Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) kann auch deshalb von Verfassungs wegen nichts eingewendet werden, weil sie sich vom geschriebenen Gesetz nur in dem zur Rechtsfortbildung im konkreten Fall unerläßlichen Maße entfernt". Vgl. auch Ramm, ArbuR 62, 353, 359 f

4) Auch das BVerfG hat die Gesetzesänderung im Wege schöpferischer Rechtsfindung als ihrem Wesen nach echte richterliche Aufgabe bezeichnet. BVerfGE 3, 225, 247; BVerfG NJW 69, 597, 599; vgl. auch Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 85; Engisch, Einführung, S. 191

Die Verteilung der drei unterschiedenen Arten der Staatsgewalt auf die drei verschiedenen Staatsorgangruppen bleibt bei der richterlichen Rechtsfortbildung unangetastet.[1)]

Bei der Rechtsfortbildung handelt es sich nicht um ein Problem der Gewaltenteilung, Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, sondern es geht darum, ob der Richter gegen die ihm auferlegte Bindung an "Gesetz und Recht", Art. 20 Abs. 3 GG, verstößt.

bb) Bindung an "Gesetz und Recht"

aaa) Bindung an das Gesetz

Die Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz bedeutet, daß das Gericht bei der Abgrenzung der widerstreitenden Interessen grundsätzlich an die vom Gesetzgeber abstrakt, generell getroffene Entscheidung gebunden ist.[2)]

---

1) Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 22; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 10.
Abzulehnen ist daher die Ansicht Sterns (Urteilsanmerkung NJW 58, 1435): "Die Freiheit zur verfassungskonformen Auslegung berechtigt nicht auch zu verfassungskonformer Rechtsfortbildung. Beide Bereiche müssen ... dem Grundsatz nach in ihren Funktionen abgemarkt werden, sollen nicht die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit in Frage gestellt werden. ... Schreitet der Richter zur Rechtsfortbildung, so setzt er anstatt des gesetzgeberischen Werturteils sein eigenes. Er bleibt nicht mehr Rechtsdeuter, sondern erhebt sich zum Rechtsschöpfer".

2) vgl. oben S. 142
Zur Bindung der Rechtsprechung an die Wertung des Gesetzgebers vgl. Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, S. 6, 21 f, 28; Westermann, Interessenkollision und ihre richterliche Wertung, S. 4; Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung, S. 8, 12, 21, 25; Reinhardt, Richter und Rechtsfindung, S. 17, 25, 28 f; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 59, 90, 113, 118, 126.
Dem BGH ist daher zuzustimmen, daß er sich in dem "Kölner Straßenbahnurteil" nicht dazu bewegen ließ, rechtsfortbildende Erwägungen gegenüber den damals noch geltenden alten Demonstrationsstrafbestimmungen zu entwickeln (und damit für diese oder jene der damals in Betracht gezogenen Gestaltungsmöglichkeiten eines modernen Demonstrationsstrafrechts einzutreten), BGHSt 23, 26. Vgl. dazu Jahresbericht 1968/69 für den BGH, abgedruckt in NJW 70, 1304, 1305

Ergibt sich aus dem Gesetz eindeutig, daß es eine erschöpfende Regelung sein soll mit dem Ziel, nicht genannte Fälle von jeglicher Rechtsfolge frei zu lassen, so ist der Richter hieran gebunden und kann nicht im Wege der Rechtsfortbildung praeter legem darüber hinausgehende Ansprüche zubilligen.[1)]

Eine solche Entscheidung kann hinsichtlich der nicht genannten Fälle aber nicht schon darin gesehen werden, daß der Gesetzgeber für einen bestimmten Rechtsbereich eine Regelung getroffen hat, selbst wenn diese kodifikatorischen Charakter aufweist.

Abzulehnen ist die Ansicht von Zitelmann, nach der ein "allgemeiner negativer Grundsatz" des Inhalts besteht, daß, von den im Gesetz besonders geregelten Fällen abgesehen, "alle Handlungen straffrei, ersatzfrei" bleiben: "jeder positive Satz, durch den eine Strafe, ein Schadensersatz angeordnet wird, ist in diesem Sinne eine Ausnahme von jenem allgemeinen negativen Grundsatz".[2)]

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 350, 357; Anm. zu BGH NJW 58, 827, 828; Brox, BB 65, 1321, 1323; G. und D. Reinicke, NJW 55, 1662.
Eindeutig ist der Wille einer erschöpfenden Regelung zum Ausdruck gebracht in den §§ 16 ("nur in den Fällen"), 28 und 41 EheG, bei der Entmündigung, § 6 BGB, und der Entziehung des Pflichtteils, §§ 2333 ff BGB.

2) Lücken im Recht, S. 17 f, insbes. 19; dieser Ansicht folgen: Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, S. 109 FN 1 b; Ross, Theorie der Rechtsquellen, S. 349 (der Sache, nicht der Terminologie nach); Kelsen, Zur Theorie der Interpretation, S. 14; Reine Rechtslehre, S. 16 (allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Zitelmann);
abgelehnt wird diese Lehre von: Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, S. 77 f; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, S. 382 ff; Ehrlich, Die juristische Logik, 2. Aufl., S. 215 f; Riezler, Das Rechtsgefühl, 2. Aufl., S. 169 FN 74; Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, S. 48 f; Teichmann, Die Gesetzesumgehung, S. 79 f; Engisch, Festschrift für Sauer, S. 85, 95; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 49f; Larenz, Methodenlehre, S. 356; Steindorff, Summum ius, S. 58, 66; Klug, Festschrift für Nipperdey, S. 74, 77 f.
Auch Zitelmann will mit seiner Lehre vom "allgemeinen negativen Grundsatz" eine richterliche Rechtsfortbildung nicht ausschließen. Er gelangt nur zu einer Verwischung der Grenze zwischen Rechtsfortbildung praeter und contra legem und verweist die Mehrzahl der Fälle zu Unrecht in den Bereich der Gesetzesberichtigung statt in den der Ergänzung des Gesetzes.

Diese Lehre ist schon logisch nicht haltbar, weil sie unzulässigerweise negativ vom Grund auf die Folge schließt[1] und dabei verkennt, daß die Rechtssätze regelmäßig keinen ausschließenden Charakter tragen.[2] Wenn das Gesetz einem bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge zuordnet, so ist damit keineswegs auch umgekehrt gesagt, daß aus dem Nichtvorliegen eines bestimmten Tatbestandes ohne weiteres der Nichteintritt der bestimmten Rechtsfolge geschlossen werden könne, daß also nicht auch ein anderer (gesetzlich nicht geregelter) Tatbestand dieselbe Rechtsfolge haben kann.[3]

Diese Ansicht ist auch aus rechtlichen Gründen abzulehnen, weil dem Gesetz - von Ausnahmefällen abgesehen[4] - ein allgemeiner Rechtssatz der Art, daß außer in den ausdrücklich genannten Fällen Schadensersatz nicht gewährt werden soll, nicht zu entnehmen ist.[5] Das Fehlen einer positiven Entscheidung ist nicht gleichbedeutend mit einer negativen Regelung. Ein Schweigen des Gesetzgebers besagt nicht notwendig, daß er eine bestimmte Regelung nicht wollte. Es kann auch darauf beruhen, daß er z.B. diesen Fall übersehen hat, daß also gar keine Willensäußerung vorliegt.[6] Jeweils im Einzelfall muß bei der Auslegung der betreffenden gesetzlichen Normen der Wille des Gesetzgebers erkennbar sein, die nicht geregelten Beeinträchtigungen des durch diese Normen geschützten Rechtsguts sanktionslos zu lassen.[7]

---

1) Engisch, Rechtslücke, Festschrift für Sauer, S. 96
2) Klug, Juristische Logik, S. 129 f
3) Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 48, 52
4) Art. 103 GG, Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, s. oben S. 145
5) Engisch, Festschrift für Sauer, S. 95; Larenz, Methodenlehre, S. 356
6) zum "Schweigen des Gesetzgebers" vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 350, 357, 368; Engisch, Einführung, S. 139; Staudinger-Brändel, BGB, Einl. vor § 1 Rdnr. 71
7) Larenz, Methodenlehre, S. 354

Die Regelung der deliktischen Haftung in den §§ 823 ff BGB ist nicht eine erschöpfende, jede Rechtsfortbildung ausschließende.

Durch das eigenartig gemischte System der Tatbestände wollte der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht umgrenzen; denn er glaubte, die Beurteilung der Frage, wann eine Schadenszufügung rechtswidrig und schuldhaft sei, so weit als möglich selbst bestimmen zu müssen und die Lösung dieser Probleme nicht dem Richter zu überlassen.[1)]

Der Weg der Rechtsfortbildung im Bereich der unerlaubten Handlungen ist durch die Ausgestaltung der Tatbestände in beschränkte, abhängige Generalklauseln vorgezeichnet.[2)]

Aufgrund der Auslegung, die der Begriff der "guten Sitte" in der Rechtsprechung wie in der überwiegenden Meinung der Literatur gefunden hat[3)] und aufgrund der in § 826 BGB ferner geforderten vorsätzlichen Schadenszufügung, konnte diese Norm nicht der Rolle bei der Rechtsfortbildung gerecht werden, die der Gesetzgeber ihr zugedacht haben mag.[4)] Da ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB die Verletzung eines Schutzgesetzes voraussetzt[5)], verstärkte die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung ihren Druck auf den ersten Grundtatbestand, § 823 Abs. 1 BGB.

§ 823 Abs. 1 BGB steht trotz seines enumerativen Charakters einer Rechtsfortbildung nicht entgegen.

Eine Enumeration ist nicht notwendig als abschließend gedacht, denn der Gesetzgeber muß sich darüber im klaren sein, daß sie sich im Laufe der Zeit als erweiterungsbedürftig erweisen wird. Insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts sieht sich der Richter der Kodifikation des BGB gegenüber, die seit über 70 Jahren in Geltung ist.

Mit dem "Altern der Kodifikationen"[6)], mit dem zunehmenden

---

1) s. oben S.12 f
2) s. oben S.14
3) s. oben S.55 ff
4) Deutsch, JuS 67, 152; JZ 68, 721, 723
5) s. oben S.22 f
6) so Kübler, JZ 69, 645; zum Enumerationsprinzip vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 176 f, insbes. S. 184/185; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, S. 214 f; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/2, S. 142 f

zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung vergrößert sich die Freiheit des Richters zur Rechtsfortbildung. Die Gesetzesnorm kann nicht auf Dauer bei der Anwendung, die zu ihrer Entstehungszeit aufgrund der gegebenen historischen Situation erfolgte, stehenbleiben. Sie steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung des Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert.[1)]

Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen kann sich der Richter nicht mit einem Hinweis auf die unverändert gebliebene Enumeration entziehen. Er ist zu einer Erweiterung der Enumeration gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, "Recht" zu sprechen, verfehlen will.

Das Enumerationsprinzip als solches bleibt unangetastet. Lediglich die Fälle, in denen der Gesetzgeber einen Anspruch zuerkennt, werden um einen Fall erweitert, in dem die Entwicklung der Lebensverhältnisse diese Ergänzung als zwingend gefordert erscheinen läßt.[2)]

---

1) Säcker, Gruppenautonomie, S. 58 FN 46: "Da der reale Wille des Gesetzgebers immer auf eine bestimmte (tatsächlich oder vorgestellte) gegebene oder erwartete ökonomisch - technische bzw. soziokulturelle Situation bezogen ist und nur für diese gilt, ergibt sich daraus ohne weiteres, daß bei Wandel dieser Situation eine Norm nicht ohne nähere Prüfung der Frage angewandt werden kann, ob sie nach dem in ihr objektivierten Willen des Gesetzgebers auch noch für die veränderte Situation Geltung beansprucht". Vgl. dazu auch Horn, Rechtssprache und Kommunikation, S. 21 f; Luhmann, AöR 94 (1969), S. 1, 3 f; Roellecke, Festschrift für Gebhard Müller, S. 323 f; Kronstein, Recht und wirtschaftliche Macht, S. 69 f; Jagusch, SJZ 47, 295 f; Larenz, Methodenlehre, S. 333 f; Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 1271 f.
Nach Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 229 II, hat sich die kasuistische Regelung durch drei nebeneinander stehende allgemeine Deliktstatbestände angesichts der Rechtsentwicklung immer mehr als unhaltbar erwiesen.

2) BVerfG NJW 73, 1221, 1226; Deutsch, JZ 68, 232, 233: "Der Tatbestand des Eingriffs in den Gewerbebetrieb hat sich als Ergänzung der Haftungsgrundlagen, nicht aber als Korrektiv jedes Haftungsausschlusses entwickelt".

Auch mit seinem Begriff des "sonstigen" Rechts weist § 823 Abs. 1 BGB darauf hin, daß er der Rechtsfortbildung offen steht.[1)]

Die §§ 823 ff BGB bilden keine abschließende, nicht mehr ergänzungsfähige Regelung.[2)] Sie stehen der Entwicklung eines Unternehmensschutzes im Wege der praeterlegalen Rechtsfortbildung nicht entgegen.[3)]
Ob der Schutz tatsächlich zu gewähren ist, ist damit aber noch nicht entschieden. Maßgeblich hierfür sind die der gesamten Rechtsordnung zu entnehmenden Bewertungsmaßstäbe. Insbesondere ist der der kasuistischen Regelung des Deliktsrechts zugrunde liegende Gedanke einer vernünftigen Begrenzung des Haftungsrisikos zu beachten.

bbb) Bindung an des Recht

Das Verhältnis des "Rechts" zum Gesetz ist nicht ganz unstrittig.[4)] Richtigerweise wird man zwei Funktionen des "Rechts" gegenüber dem Gesetz unterscheiden müssen:
erstens die "kritische Funktion" in dem Sinne, daß der Richter das Gesetz an dem überpositiven Recht zu messen und bei einem Widerspruch als "gesetzliches Unrecht" zu verwerfen hat;[5)]
zweitens die "komplementäre Funktion" in dem Sinne, daß der Richter das geschriebene Gesetz aus dem ungeschriebenen Recht zu ergänzen und weiterzubilden hat.[6)]

---

1) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 151; v. Caemmerer, Festschrift für F. von Hippel, S. 27, 30 f; Deutsch, JZ 63, 385; Löffler, NJW 62, 225, 226
2) Germann, Festschrift für F. von Hippel, S. 143, 160; Reinhardt, JZ 61, 713, 715; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens, S. 99; Weitnauer, VersR 70, 585, 590; Deutsch, JuS 67, 152
3) Die Entwicklung des Unternehmensschutzes erfolgt also nicht "contra" legem. Damit braucht auf die unter Umständen engeren Voraussetzungen solcher Rechtsfindung nicht eingegangen zu werden.
4) vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 72
5) Flume, Verh. 46. DJT, Bd. II, K 5, 15; Larenz, Methodenlehre, S. 346 FN 4; Engisch, Einführung, S. 172
6) Darmstaedter, NJW 57, 770; Larenz, Methodenlehre, S. 346 FN 4; Schmidt, DRiZ 63, 376, 380 f

Mögen die Mitglieder des parlamentarischen Rates aufgrund der besonderen historischen Situation auch vornehmlich die erste Funktion im Auge gehabt haben, so kann doch nach Wortlaut und Sinn des Art. 20 Abs. 3 GG nicht zweifelhaft sein, daß auch die zweite mitumfaßt ist; denn der Grundgesetzgeber wollte die Stellung des Richters bei der Rechtsfortbildung nicht etwa gänzlich neu fassen, sondern der Rechtsprechung nur jene Aufgaben und Befugnisse wieder zusprechen, die sie schon bis 1933 insoweit wahrgenommen hatte.[1] Die Rechtsprechung hat sich auch damals an "außergesetzlichen Bewertungsmaßstäben" orientiert.[2] Das Grundgesetz wollte hier keinen Wandel schaffen.

Aufgrund der Bindung der Rechtsprechung an das "Recht", Art. 20 Abs. 3 GG, sind bei der Fortbildung des Rechts die aus der gesamten Rechtsordnung zu gewinnenden Bewertungsgrundsätze, die immanenten Prinzipien und letzten Endes die Idee des Rechts maßgeblich.[3] Der anzulegende Maßstab ist ein außer-gesetzlicher, aber kein außer-rechtlicher.[4]

---

1) Mayer-Maly, DRiZ 62, 317, 320

2) So beruft sich das RG (RGSt 61, 242, 247) im Urteil zum "übergesetzlichen Notstand" ausdrücklich auf "das Ganze der Rechtsordnung", der die richterliche Ausbildung eines "übergesetzlichen" Rechtfertigungsgrundes notwendig mache. Im Urteil zum "Betriebsrisiko" (RGZ 106, 272) führte das RG aus, man dürfe "überhaupt nicht von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen, sondern müsse vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt und in der Gesetzgebung der neuesten Zeit ausdrückliche Anerkennung gefunden haben". Vgl. auch Mot. I S. 26

3) BVerfGE 2, 380, 403; BVerfG NJW 73, 1221, 1225; BGHZ 11, Anhang S. 34, 35;
Larenz, Methodenlehre, S. 346, 400; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung, S. 8; Merz, AcP 163, 305, 333; Rüthers, JuS 70, 607, 611; König, Richter und Recht, S. 39 f; A. Kaufmann, Festschrift für E. Wolf, S. 357 f; Flume, Verh. 46 DJT, Bd. II, K 5, 20; Das Rechtsgeschäft, S. 297 f

4) BVerfG NJW 69, 597, 600; Flume, Verh. 46. DJT, Bd. II, K 5, 17; Steindorff, Summum ius, S. 58, 64; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 37

Der Richter hat diese Wertentscheidungen, die in den Gesetzestexten nur unvollkommen oder gar nicht zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens zu ermitteln, aufzuzeigen und in seinem Judiz zu realisieren.

Es kann mittlerweile als gesicherte Erkenntnis gelten, daß die Rechtsordnung nur einen Entscheidungsrahmen bietet, innerhalb dessen häufig mehrere Entscheidungen möglich sind.[1] Graduell zunehmend mit der Unbestimmtheit der gesetzlichen Interessenbewertung verbleibt dem Richter daher Raum zu eigenständiger Entscheidung, bei der auch willenhafte Momente zum Tragen kommen.[2]
Dieser Bewertungsspielraum berechtigt den Richter aber nicht dazu, eine Entscheidung nach Willkür oder nach Opportunitäts- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu treffen.[3]

---

1) BVerfG NJW 54, 65, 68; 69, 597, 600; BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG; BAG NJW 55, 1942.
Insbesondere Kelsen, Festschrift für Giacometti, S. 143, 152, hat darauf aufmerksam gemacht, daß es nicht nur eine richtige Entscheidung gibt.
Rüthers, JuS 70, 607, 611: "Dieser Entscheidungsspielraum ist solange unschädlich, wie der Richter sich der Wertrelativität seiner Entscheidung bewußt ist und nicht die eigene Entscheidung als unanfechtbare Entscheidung der Verfassung selbst ausgibt. Nur wo eingestanden wird, daß neben der eigenen, für zweckmäßig und billig erachteten, letztlich also wertbestimmenden Entscheidung auch andere Lösungen denkbar und mit dem Gesetz und der Verfassung vereinbar sind, ist der Weg zur juristischen Toleranz eröffnet, die in einer vom Wertepluralismus bestimmten Gesellschaft unerläßlich ist".
Vgl. auch Schwerdtner, ZRP 69, 136, 139; Säcker, RdA 69, 291, 292 FN 9; Mertens, JuS 67, 97, 100

2) RG JW 22, 910; BVerfG NJW 73, 1221, 1225; BGHZ 54, 152, 155; BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG; BAG NJW 55, 1942; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 27; Säcker, ZRP 71, 145, 146; Gruppenautonomie, S. 59 f; Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 169 f, 246 f; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 71 f, 113 f, 174 f, 189; Grundsatz und Norm, S. 236; Rupp, NJW 69, 1273, 1276; Larenz, NJW 65, 1, 3; Festschrift für Nikisch, S. 275, 295; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 115

3) BVerfG NJW 73, 1221, 1225; BGH JZ 54, 152, 155; Engisch, Einführung, S. 156; Larenz, Methodenlehre, S. 400; Seuffert, NJW 69, 1368, 1372 f.
Die bloße, im konkreten Fall von der gesetzlichen Wertung abweichende Zweckmäßigkeit des Ergebnisses vermag zwar unter Umständen ein Bedürfnis nach richterlicher Rechtsfortbildung zu indizieren, diese selbst aber allein noch nicht zu begründen. Vgl. Schneider, Richterrecht, S. 38

Der Idee nach ist es dem Richter auch verwehrt, eigene rechtspolitische Vorstellungen durchzusetzen; denn um die Selbständigkeit des Rechts zu betonen und die ihm eigene Befriedungsfunktion durch Gewährleistung von Rechtssicherheit nicht preiszugeben, ist es unverzichtbar, Recht und Politik[1] auseinanderzuhalten.[2]

Bei kontroversen Rechtsfragen aber stehen sich häufig nicht nur die individuellen Interessen der Prozeßparteien gegenüber; oft geht es um die Bewertung sehr weitreichender Wirtschaftsinteressen und Machtpositionen, um Regelungen, die eine Vielzahl von Bürgern betreffen. Die politischen Auswirkungen solcher Entscheidungen sind hier für jeden Beteiligten offenbar. Ein gewisses Element von Rechtspolitik ist daher notwendigerweise in allen rechtsfortbildenden Entscheidungen enthalten.[3] Die Verweigerung einer möglichen Rechtsfortbildung ist oft nicht weniger eine rechtspolitische Entscheidung, als es die Rechtsfortbildung selbst wäre.[4]

Bei der Frage des deliktischen Unternehmensschutzes über die gesetzliche Regelung der §§ 823 ff BGB hinaus geht es um die Belange des Schutz begehrenden Unternehmers einerseits und das Interesse der Allgemeinheit an

---

1) Verstanden als Gestaltung der Angelegenheiten menschlicher Gemeinschaften durch Ausübung von Macht. Die politische Wissenschaft faßt den Begriff der Macht in diesem Zusammenhang weit. Vgl. etwa v.d. Gablentz, Einführung in die politische Wissenschaft, S. 14; C. J. Friedrich, Die politische Wissenschaft, S. 7

2) BVerfGE 3, 225, 244; BVerfG NJW 69, 597, 600; Jahresbericht 1968/69 für den BGH (abgedruckt in NJW 70, 1304, 1305): "Politische Grundentscheidungen in dieser oder jener Form stehen dem Gesetzgeber und nicht dem Richter zu". Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 370; Carlo Schmid, Festschrift für Arndt, S. 407 f; Schuppert, ZRP 73, 257, 258; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 32; Reuß, ArbuR 72, 136, 143; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S. 60 f

3) Schwerdtner, ZRP 69, 136, 138; Mayer-Maly, RdA 70, 289, 292; Esser, AcP 172 (1972), 97, 100 f; Herschel, ArbuR 72, 129, 130 f; Säcker, DB 69, 1890, 1895; Rüthers, JuS 70, 607, 611; Zöllner, DB 70, 54, 56 f; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S. 65;
anderer Ansicht: Forsthoff, Festschrift für C. Schmitt, S. 35; Bettermann, Von Sinn und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, S. 45, 52; Winkler, Wertbetrachtungen im Recht, S. 13 f; K. Müller, ZRP 69, 223, 224

4) Herschel, ArbuR 72, 129, 133; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 49

möglichst weitgehender Handlungsfreiheit andererseits. Es handelt sich um eine Interessenbewertung und damit um eine rechtspolitische Entscheidung.[1)]

Bedenklich ist eine rechtspolitische gerichtliche Entscheidung dann, wenn der Richter, um seine eigenen Vorstellungen zur Geltung bringen zu können, die erkennbaren gesetzgeberischen Wertungen mißachtet oder sich um deren Aufdeckung erst gar nicht bemüht, sondern den Eindruck zu erwecken versucht, die Entscheidung lasse sich bereits aus dem Gesetz ableiten. Die Norm wird dann nur nachträglich herangezogen, um die Entscheidung zu rechtfertigen. Die wirklichen Entscheidungsgründe werden nicht offenbart. Entscheidungsdarstellung und Entscheidungsbewußtsein stimmen nicht überein. Der Zugang zu den Wertungen, die der Entscheidung wirklich zugrunde liegen, wird damit versperrt.
Haben daher auch rechtspolitische Gesichtspunkte bei der Rechtsfortbildung eine Rolle gespielt, so muß dies vom Gericht deutlich gemacht werden, damit überhaupt die Möglichkeit besteht, die Erwägungen des Gerichts nachzuvollziehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.[2)]

---

1) Zum politischen Gehalt des Rechts am Gewerbebetrieb vgl. Wiethölter, Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, KritJ 70, 121; Oppikofer, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung.
Im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften von 1967 konnte die Figur des Rechts am Gewerbebetrieb nur deshalb nicht als Tatbestandsmerkmal verwendet werden, weil angesichts der vom BAG zu den Folgen eines rechtswidrigen Streiks entwickelten Regeln damit zu rechnen ist, daß die Gewerkschaften sich jeder legislatorischen Fixierung eines derartigen Rechts am Unternehmen entschieden widersetzen werden. Vgl. dazu Kübler, JZ 69, 645, 647; Hoffmann, ArbuR 68, 32, 35

2) So hatte schon der 2. Deutsche Richtertag 1911 betont: "Ist ein Gesetz verschiedener Auslegung fähig, so ist der Richter ermächtigt, derjenigen Auslegung, welche dem Rechtsbewußtsein und dem Verkehrsbedürfnis am besten entspricht zu folgen. Eine Entscheidung dieser Art soll der Richter offen mit der Bevorzugung begründen. Er soll vermeiden, die wahren Gründe durch künstliche Argumentation zu verdecken" (abgedruckt bei Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 98).
Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 218 f, 315 f; Offene und verdeckte Urteilsgründe, S. 99 f; Esser, Vorverständnis, S. 216; Säcker, Grundprobleme, S. 117; ArbuR 71, 111, 112; Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 25; Herschel, ArbuR 72, 129, 133

Ferner sind die für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsprinzipien und deren Gewinnung aus der Rechtsordnung zu begründen.[1] Dieser Begründungszwang bildet eine unerläßliche Grenze des Wertungsspielraums und eine wichtige Kontrolle für die einzelne richterliche Wertung. Bei der Forderung nach offener Argumentation geht es also in erster Linie um die Wertung als Wirkungskorrektiv, als materielles Richtigkeitskriterium der Entscheidung.[2]
Dabei werden auch die Konsequenzen der Entscheidungsgrundlage für andere Rechtsfragen erkennbar; Konsequenzen, deren Einbeziehung in die Erwägungen des Gerichts der Verhinderung innerer Widersprüche dient.[3] Ein Verdecken der Wertungen führt außerdem leicht dazu, daß der in ihr liegende Beitrag zur Entwicklung des Rechts übersehen wird und der Prozeß vernünftiger Rechtsgewinnung und Regelbildung verhindert wird.[4] Weiterhin kann die in der Entscheidung enthaltene Maxime vorschnell auf andere Fälle angewandt werden, auf die sie nicht paßt.[5]

---

1) § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. Zum Anspruch auf eine begründete Entscheidung, in der sich das Gericht zu den die Sentenz tragenden Gesichtspunkte bekennt, vgl. Scheuerle, AcP 163, 429, 471; BVerfG NJW 73, 1221, 1225; BAG NJW 55, 1942; zum Begründungszwang allgemein Mertens, JuS 67, 97, 100; Zöllner, DB 70, 54, 55, insbes. 57; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht, S. 38 f; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 315; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 115.
Gerechtigkeitsvorstellungen allgemeiner Art und die Behauptung tatsächlicher Unzumutbarkeitserwägungen sind rechtlicher Kritik nicht zugänglich, sondern unterstreichen nur die Hilflosigkeit einer solchen Scheinbegründung.

2) Mertens, JuS 67, 97, 100; Scheuerle, AcP 163, 429, 471; Raiser, NJW 64, 1201, 1208; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht, S. 38 f

3) zum Anspruch auf die innere Konsistenz der Rechtsordnung vgl. Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 25

4) Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 315

5) Hoeniger, RdA 53, 204, 211 weist mit Recht darauf hin, daß es methodisch unzulässig ist, die von der Rechtsprechung für eine Gruppe ganz besonders gelagerter Fälle entwickelten Sätze auf einen ganz anders gelagerten Fall zu übertragen. Zumindest bedürfte eine solche Übertragung einer eingehenden Begründung. Vgl. auch Ramm, Der Arbeitskampf, S. 61 FN 10; Mayer-Maly, Anm., AP Nr. 28 zu § 611 BGB (Gratifikationen)

In der Unzulänglichkeit der Urteilsbegründungen liegt auch gerade die Schwäche der Rechtsprechung zum Unternehmensschutz. Die Gerichte gingen regelmäßig von feststehenden Formeln aus, das Recht am Gewerbebetrieb schütze den Bestand eines selbständigen Gewerbebetriebs, die gewerbliche Betätigung usw. und entschieden anhand dieser Maximen. Die Richter waren sich des rechtsfortbildenden Charakters ihrer Entscheidungen nicht bewußt oder ließen ein solches Bewußtsein zumindest nicht erkennen, sondern verhielten sich so, als ob das Recht am Gewerbebetrieb ein gesetzlich ausgestattetes Recht wäre.[1] In Wirklichkeit war die Entscheidungsregel erst zu erarbeiten und mit jedem Fall noch weiter zu entwickeln.

Die entscheidungserheblichen Maximen waren auch viel zu ungenau. Daher war es dem RG wie dem BGH möglich, im Einzelfall abweichend von ihrer Entscheidungsregel zu urteilen, wenn sie es dem Ergebnis nach für wünschenswert erachteten. Über die Verneinung der für eine Haftung als erforderlich bezeichneten Gefährdung des Unternehmensbestandes, später der Unmittelbarkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs blieben Beeinträchtigungen von Rechtsfolgen frei, wenn dies dem Gericht angemessen erschien.

Die Regel, die die Gerichte bei ihren Entscheidungen leitete, und deren Bekanntgabe die richterliche Rechtsfindung durchschaubar und in gewissem Umfang vorhersehbar machen könnte, ist bei der Rechtsprechung zum Unternehmensschutz so unzulänglich verfaßt, daß sie diese Aufgabe nicht erfüllen konnte.

---

1) so schon RGZ 58, 24, 29; vgl. auch BGH NJW 63, 484: "Anerkannt als ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, ist das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb". Nur ganz wenige Entscheidungen bekennen sich offen zu einer Rechtsfortbildung, vgl. etwa RGZ 132, 311, 316: " es handelt sich bei diesem Gebilde um eine Ausfüllung der im BGB und in den gewerblichen Sondergesetzen enthaltenen Lücken durch Richterrecht zur Deckung schützwürdiger Interessen". so auch BGHZ 3, 270, 279; 36, 252, 257; 45, 296, 307; BGH NJW 63, 531, 532; 64, 152, 153; 72, 1366, 1367; 74, 315, 316.
Zurecht weist Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 412 darauf hin, daß das Abstellen auf ein solches Recht nur noch eine formelhafte Wendung darstellt, die für die Rechtfertigung des Unternehmensschutzes aus § 823 Abs. 1 BGB entbehrlich geworden ist.

Die Gerichte haben ihre Entscheidungen nicht an den Anforderungen einer methodisch richtigen Rechtsfindung gemessen, sondern sich vielmehr meist damit begnügt, auf die Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb durch die ständige Rechtsprechung zu verweisen. Diese Verweisungen auf frühere Urteile erfolgten jedoch viel zu ungenau, oftmals für völlig unterschiedliche Arten von Unternehmensbeeinträchtigungen, zum Teil auch auf Fälle, in denen im Ergebnis mangels der tatbestandlichen Voraussetzungen ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB abgelehnt worden war.[1)]
Dieses Vorgehen der Gerichte, insbesondere die unzulängliche Formulierung der Entscheidungsmaximen, ist der Grund für die schon seit sieben Jahrzehnten bestehende Schwäche der Rechtsprechung zum Unternehmensschutz.

Dabei wird durch eine offene Argumentation die Grundlage der Autorität der Entscheidung nicht gefährdet.
Die mit der Entscheidung für den einzelnen verknüpften Folgen bedürfen einer Begründung. Diese liegt nach traditionellem juristischem Verständnis darin, daß mit dem Richterspruch Befehle weitergegeben werden, nicht im eigenen Namen, sondern in der Autorität des Gesetzes. Durch den Ableitungszusammenhang hat das Urteil Teil an der Autorität des Gesetzes. Es besteht ein innerer Zusammenhang zwischen juristischer Ableitungslogik und Autoritätsableitung.
Heute gilt aber, daß das Gesetz nicht mehr alleinige Autoritätsgrundlage der konkreten Entscheidung ist. Das Gesetz ist, nicht anders als die Entscheidung auch, rechtfertigungsbedürftig. Diese Rechtfertigung liegt in der Plausibilität und Vernünftigkeit des angestrebten sozialen Zustandes und der Wahl dazu geeigneter Mittel. In der konkreten Konfliktsituation muß sich die Vernünftigkeit des Gesetzes behaupten. Vermag die Entscheidung in ihrer Anwendung des Gesetzes nicht zu überzeugen, so wird damit gleichzeitig die Autorität des Gesetzes untergraben.[2)]

---

1) s. oben S.119 FN 1
2) Luhmann, Rechtssoziologie 2, S. 259 f; Engisch, Einführung, S. 200 Anm. 36; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 182 f

Das Gesetz ist also nicht unbedingt die (alleinige) Autoritätsgrundlage der Entscheidung.[1)]

Es soll aber nicht die Gefahr verkannt werden, die bei einer zu weitgehenden Berücksichtigung rechtspolitischer Aspekte bei der Urteilsfindung besteht, nämlich die Politisierung der Rechtsprechung durch ihre unmittelbare Einbeziehung in die tagespolitische Kontroverse. Je mehr Elemente der Rechtspolitik in die Judikatur einfließen, um so mehr wird der Richter politisch gemessen werden. Das liegt nicht im Interesse der Unabhängigkeit des einzelnen Richters.[2)]

Das Gewicht einer solchen Gefahr läßt sich jedoch nicht absolut, sondern nur relativ ausdrücken.[3)] Die mit einer verdeckten, oft nicht erkannten oder nicht eingestandenen Inanspruchnahme rechtspolitischer Wertungen verbundene Gefahr der Zerstörung der richterlichen Unabhängigkeit und Autorität ist um ein Vieles größer.
In der Fiktion, die gewonnene Entscheidung ließe sich aus dem Gesetz ableiten, läge ein bewußter Verzicht auf Methodenehrlichkeit, der das Selbstverständnis des Richters, den von ihm intendierten Wahrheits- und Gerechtigkeitswert des Urteilsspruchs infrage stellen müßte. Auch wäre die Durchsetzungschance des Versuchs, die Legitimation der richterlichen Unabhängigkeit durch Verleugnung der Realität

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 397: "In Wahrheit sind es ... die rechtsethischen Prinzipien, aus denen auch die Gesetze sich rechtfertigen; und wo ein solches Prinzip erstmalig in das Bewußtsein tritt und danach in Schrifttum und Rechtsprechung Anerkennung findet, da geschieht das kraft der ihm für das rechtliche Bewußtsein innewohnenden Überzeugungskraft und nicht etwa deshalb, weil es das Gesetz so will".

2) Herschel, ArbuR 72, 129, 131 f; Baur, JZ 57, 193, 196; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 18; Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 27; Reuß, ArbuR 72, 136, 144.
Zur Notwendigkeit, die richterliche Unabhängigkeit unter einem dreifachen Aspekt, nämlich dem der Parteiunabhängigkeit, der Staatsunabhängigkeit und der Gesellschaftsunabhängigkeit zu sehen, vgl. Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 525

3) Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 27

richterlicher Rechtsgewinnung zu sichern, sehr gering. Eine verdeckte Argumentation erweckt vielmehr den Eindruck, daß mit dem Richterspruch Zwecke verfolgt und Interessen begünstigt werden, die eine Offenlegung scheuen müssen. Die Rechtsprechung lieferte sich so unweigerlich dem Ideologieverdacht aus[1] und könnte ihre Befriedungsfunktion nicht erfüllen.

Die richterliche Gewalt steht heute so unmittelbar im Zusammenhang der politischen Machtbalance,[2] daß ein Versuch, sie daraus unter Berufung auf die Fiktion der Gesetzesableitung der Entscheidung zu lösen, ihre Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit sehr viel mehr beeinträchtigen müßte als jede Anerkennung ihres politischen Beitrags, den sie zur Stabilität des Systems der Gewaltentrennung und Gewaltenhemmung leistet.[3]

Verlangt die Entscheidung vom Richter die Fortbildung des Rechts und damit eine rechtspolitische Wertung, so muß seine Entscheidung auf diesem Umstand aufbauen.[4]

---

1) Brecher, Festschrift für Nikisch, S. 227, 236; A. Kaufmann, JuS 65, 1, 5
2) vgl. dazu Mayer-Maly, RdA 70, 289 ff
3) Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 27
4) Die Verstärkung der politischen Bezüge in den rechtlichen Begründungen soll aber einmal nicht bedeuten, daß es dem Richter gestattet ist, parteipolitische Programme seiner Rechtsfindung zugrundezulegen. Sie bedeutet weiter nicht, daß der Richter gegenüber dem Gesetz freier gestellt sein soll als bisher. Schließlich soll sie keineswegs bedeuten, jeder Detailfrage gesamtgesellschaftliche Überlegungen krampfhaft hinzuzufügen. Das eigentliche Problem liegt vielmehr in der Frage, welche politischen Argumente zulässig sind und welche nicht. Auf dieses Problem kann hier nicht weiter eingegangen werden. Es soll nur hervorgehoben werden, daß Argumente nicht wegen ihrer politischen Qualität auszuscheiden haben und daß aber andererseits die politische Qualität eines Arguments per se noch nicht seine rechtliche Relevanz begründet.

cc) Rechtssicherheit als Rechtsstaatsprinzip

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist der Richter nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht gebunden.

In der Bindung an das Gesetz wirkt der Grundsatz der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes[1]; hinter der Bindung an das Recht steht die Forderung nach materieller Gerechtigkeit.[2] Beide Prinzipien sind Wesenserfordernisse des Rechtsstaates.[3]

Zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit besteht insbesondere bei der Rechtsfortbildung ein Spannungsverhältnis.[4] Trifft der Richter in Ergänzung des Gesetzes bzw. in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung die Entscheidung, die im höchsten Maße sachgerecht ist, dann kann er im Einzelfall die Rechtssicherheit gefährden; wahrt er die Rechtssicherheit, so kann er unter Umständen nur ein Urteil fällen, das weniger sachgerecht ist.

Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht in der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall.[5] Damit ist jede Rechtsfortbildung an ein unabweisbares Bedürfnis billiger und gerechter Entscheidung geknüpft. Soweit die Rechtssicherheit mit der Forderung nach materieller Gerechtigkeit in Widerstreit kommt, muß sie sich diese Einschränkung gefallen lassen.[6]

---

1) Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 4 f zu Art. 20; Hofmann, NJW 66, 1941, 1945 FN 52
2) Mangoldt-Klein, aaO.; Forsthoff, DÖV 59, 41
3) BVerfGE 2, 380, 403; 3, 225, 237; 7, 89, 92; 194, 196; 15, 313, 319
4) Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., S. 170 f; Heck, AcP 112, 1, 180 f; Zippelius, JZ 70, 241, 243; Stree, JuS 68, 362, 366; G. und D. Reinicke, MDR 56, 325; D. Reinicke, JuS 64, 421, 428
5) s. oben S. 141 (FN 1)
6) Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht, S. 38; Rehfeldt, JuS 63, 147, 149 f; Larenz, Methodenlehre, S. 409 f; Festschrift für Schima, S. 247, 252, 261; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 192; Laengner, NJW 65,222, 223; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 116. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 226 hat das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit nur scheinbar aufgelöst, indem er das Prinzip der Rechtssicherheit selbst zu einem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit erklärt hat. Dadurch entsteht aber nur die Notwendigkeit, an die Stelle des zum übergeordneten Prinzip erhobenen Prinzips der materiellen Gerechtigkeit ein anderes Prinzip zu setzen.

Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht von Brox[1] bedenklich. Danach soll das Gericht den anstehenden Fall nach seiner bisherigen Rechtsprechung entscheiden, zugleich aber aussprechen, daß es künftig an dieser Rechtsprechung nicht mehr festhalten will.

Die "Ex-nunc-Theorie" hinsichtlich der Rückanknüpfung von Gesetzen wurde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts entwickelt. Wo der Staat dem einzelnen mit den Mitteln des öffentlichen Rechts gegenübertritt, ist der Schutz seines Vertrauens unumgänglich. Angesichts der relativen Schwäche des einzelnen sind Abweichungen zu seinen Gunsten zulässig, während Abweichungen zu seinen Ungunsten unerträglich erscheinen.[2]

Auch im Zivilrecht wird zwar grundsätzlich durch den Richterspruch Recht für einen notwendig in der Vergangenheit liegenden Tatbestand geschaffen, aber die Verfahrensbeteiligten bewegen sich auf der Ebene der Gleichordnung.[3] Der Vertrauensschutz hat nicht mehr das entscheidende Gewicht. Der Anspruch auf eine materiell gerechte Entscheidung hat Vorrang.[4]

Die gegenteilige Auffassung hätte praktisch zur Folge, daß niemand mehr (außer den Musterprozesse führenden Interessenverbänden) eine Klage erheben würde, die nur bei Änderung der bisherigen Rechtsprechung Erfolg hätte. Denn es bestünde ja keinerlei Aussicht, im eigenen Prozeß eine für sich

---

1) Brox, SAE 64, 181 f (Anm. zu BAG SAE 64, 179); ähnlich auch G. und D. Reinicke, MDR 56, 324, 328; D. Reinicke, JuS 64, 422, 428; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 48, 66; Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, S. 53 f; Zweigert/Kötz, BB 69, 453, 454 f; BAG JuS 72, 674, 675; 70, 303

2) BVerfGE 1, 264, 280; 2, 237, 264 f; 7, 89, 94; 8, 274, 304; 13, 39, 45 f; 13, 206, 212; 13, 261, 273; 13, 274, 278; 14, 288, 298; 15, 167, 210; 18, 135, 144; 19, 119, 127; 22, 241, 249; 23, 85, 94; 25, 269; 290

3) BGH NJW 70, 141, 142

4) BVerfGE 18, 224, 240; BAG (GS) JuS 71, 490, 491; Esser, Festschrift für F. von Hippel, S. 95, 123 FN 73; Säcker, NJW 68, 708, 709

günstige Entscheidung zu erreichen.[1] Ein Vorrang der Rechtssicherheit zu Lasten der Individualgerechtigkeit würde die Rechtsstellung des durch die Entscheidung Beschwerten verkürzen. Damit entfiele die Chance, daß in der Rechtsprechung bereits entschiedene Probleme neu durchdacht und angemessen entschieden werden.[2] Der Richter wäre gezwungen zwar zuzugeben, daß die bisherige Rechtsprechung nicht länger aufrechterhalten werden könne, doch müßte er das als unrichtig Erkannte zumindest in dem zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt noch einmal anwenden. Das Gericht kann aber nicht gezwungen werden, ein von ihm für falsch gehaltenes Urteil zu fällen.

Dem Verfassungsgrundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit trägt der Richter dadurch Rechnung, daß er das Recht mittels methodisch geleiteter Erwägungen findet. Maßgeblich sind die Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung.
Da sich die Wertentscheidungen im System widerspiegeln[3], berührt sich mit der Beachtung der gesetzgeberischen Wertungen die Brücksichtigung der Systematik des Rechts. Aus der Bindung des Richters an Gesetz und Recht ergibt sich auch die Forderung nach der Systemgerechtigkeit der Rechtsfortbildung. Sie macht die Entscheidungen berechenbar und dient damit der Rechtssicherheit.
Der BGH hat die Befugnis der Richters zu einer Umgestaltung der gesetzlichen Haftungsgrundlagen des Deliktsrechts ab-

---

1) Kisker, AöR 94 (1969), 650, 652; Säcker, NJW 68, 708, 709; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 112, 117
2) BVerfGE 18, 224, 240; BAG JuS 71, 490, 491; Esser, Festschrift für F. v. Hippel, S. 95, 123 FN 73; Säcker, NJW 68, 708, 709; Schnur, Festschrift für Forsthoff, S. 43; Rehfeldt, JuS 63, 147, 149 f.
Zur Doppelfunktion des richterlichen Urteils - Fallentscheidung und Rechtsfortbildung - vgl. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 8, 16 und oben S. 132 f.
3) Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 100 f; Wieacker, Rechtstheorie I, S. 107, 114 f; Esser, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilrecht, S. 15 f

gelehnt und ihn an das vom Gesetzgeber angenommene System für gebunden erklärt.[1] Nach heute herrschender Ansicht ist das System kein geschlossenes, sondern ein "offenes", der Fortentwicklung zugängliches.[2] Trotzdem hat es noch einen Stabilisierungseffekt und bildet einen Maßstab für die Kontrolle der Richtigkeit der Rechtsfortbildung.[3]

Der Grundsatz der Rechtssicherheit wird also nicht verletzt, wenn die Wertentscheidungen des Gesetzgebers beachtet und die Rechtsfortbildung in Übereinstimmung mit der Systematik des bestehenden Rechts vorgenommen wird.

---

1) BGHZ 7, 30 f; BGHZ 29, 65,
2) vgl. unten S.230 ff
3) Larenz, Methodenlehre, S. 403

2. Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb

a) Aufhebung der Privilegien der Zünfte und kaufmännischen Korporationen von 1868

Mit dem gleichen Inhalt, der heute als Ergebnis der Herausarbeitung durch die Rechtsprechung dargestellt wird, ist der Gewerbebetrieb lange vor Inkrafttreten des BGB als Gegenstand eines Rechts angesehen worden bzw. sind Verletzungshandlungen, die den Gewerbebetrieb berührten, als anspruchsbegründend behandelt worden.
Ein dem heute behaupteten Recht am Gewerbebetrieb entsprechendes Recht gab es bereits in der Zunftzeit. Die Zünfte und ihre Rechte sind ebenso untergegangen wie die Privilegien, Regalien und Gerechtsame. Die Versuche, Sonderrechte für Angehörige bestimmter Berufe oder Berufsschichten zu begründen, dauern fort.[1] Die damit verbundenen, geschichtlich begründeten Zusammenhänge werden beim Problem des Unternehmensschutzes oft übersehen.

Bereits im frühen Mittelalter hatten sich in Deutschland unter der Aufsicht und dem Schutz der Obrigkeit Handwerker, Kaufleute und Gewerbetreibende zu Vereinigungen zusammengeschlossen. Diese wurden als Zünfte, Gilden, Innungen, Hansen oder Ämter bezeichnet.[2] Die Bestrebung dieser Berufszwangsverbände von Mitgliedern gleichen Gewerbes war hauptsächlich darauf gerichtet, sich gemeinsame Vorrechte beim Absatz ihrer Produkte oder Waren auf dem Markt zu sichern.[3] Mittel zur Erreichung dieses Zieles war der Zunftzwang.

---

1) Vgl. zu den Bemühungen, ein "Recht am Arbeitsplatz" zu zu konstruieren, Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, § 49 A II 2;
zu der Frage, ob man das Recht am Gewerbebetrieb zu einem "Recht am Beruf" ausdehnen soll, vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbwerbsrecht, 9. Aufl., Allg. Anm. 108

2) v. Schwerin/Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, § 58 IV; Potthoff, Kulturgeschichte des deutschen Handwerks mit besonderer Berücksichtigung seiner Blütezeit, S. 43

3) Planitz, Deutsches Privatrecht, § 19 I; Mickwitz, Die Kartellfunktion der Zünfte und ihre Bedeutung bei der Entstehung des Zunftwesens, S. 159 f

Er bedeutete für die Zunftmitglieder ein ausschließliches Gewerbe- und Handelsmonopol. Bestimmte gewerbliche Arbeiten waren der Zunft derart zugewiesen, daß es innerhalb einer Bannmeile zunftlosen Arbeitern verboten war, solche Arbeiten vorzunehmen oder Erzeugnisse feilzuhalten. Aus dem Zunftzwang folgte weiter eine ausschließliche Gewerbepflicht. Das Zunftmitglied mußte die ihm übertragenen Arbeiten übernehmen und gewissenhaft ausführen. Der Zunft selbst kam die Kontrolle der Arbeit ihrer Mitglieder zu. Sie war Träger der Gewerbepolizei.[1] Weitaus wichtigste Aufgabe im Verhältnis zu Dritten war die Ausschaltung unerwünschter Konkurrenz, vor allem der Nichtzünftigen, der sog. Bönhasen.[2] Gegen diese hatten die Zünfte Unterlassungs- und Ersatzansprüche.

War anfangs hauptsächlich die Beachtung der handwerklich - zünftlerischen Ehre[3] für die Durchsetzung der Zunftordnung von Bedeutung, so gewann später mit der Verschlechterung der wirtschaftlichen Voraussetzungen der Gedanke der Kartellbildung Vorhand: Die Ausübung bestimmter Tätigkeiten wurde faktisches Privileg einer bestimmten Anzahl von Familien, die einen ständig energischer werdenden Kampf gegen "Störer" und "Bönhasen" führten.[4]

In der Zeit der Polizeistaaten kamen auch Nichtzünftige in den Genuß der Vorrechte der Zunftangehörigen. So wurde z.B. von Kaiser Karl VI vom Jahre 1725 an mit der Ausgabe von "Schutzdekreten" an Nichtzünftige begonnen.[5] Auch die Erteilung von Privilegien an einzelne Gewerbetreibende, die für den jeweiligen Landesherrn tätig waren oder ihn belieferten, gehört hierher.[6] Auch diesen Gewerbetreibenden kam es auf die Ausschaltung der Konkurrenz an.

---

1) Planitz, aaO., § 19 I (S. 50); v. Schwerin/Thieme, aaO., § 58 (S. 206 f); Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 293
2) Diese Bezeichnung wird als butenhensesch = außer der Hanse stehend erklärt, vgl. v. Schwerin/Thieme, aaO., § 58 IV
3) Lütge, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 3. Aufl., S. 176
4) Potthoff, aaO., S. 44, 102
5) Potthoff, aaO., S. 250
6) Planitz/ Eckardt, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl., § 86 I 2 c

Mit der endgültigen Aufhebung der Zünfte durch die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes 1868, der damit verbundenen gesetzlich angeordneten Entschädigung der Rechtsinhaber in Preußen und dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung 1869 im Norddeutschen Bund und 1871 im ganzen Deutschen Reich war nach langen wechselvollen Kämpfen die Grundlage für alle diese Ausschlußrechte gegenüber nichtzünftigen oder nichtprivilegierten Konkurrenten weggefallen.[1)]

b) Rechtsprechung zwischen 1868 und 1900

Allein, der Wunsch nach einem Schutz vor der Konkurrenz war eher stärker als vorher.
Einmal hatten sich durch die Aufhebung der Gewerbebeschränkungen und die Einführung der Gewerbefreiheit die Zahl der Konkurrenten und damit die Auswüchse des Wettbewerbs vermehrt, die schon zur Zeit des Niedergangs der Zünfte sehr zahlreich waren.[2)] Zum anderen drängten im Zuge der fortschreitenden Industriealisierung die Fabriken auf den Markt und suchten ihre Stellung zu festigen.
Die Rechtsprechung sah sich in dieser Situation außerstande, mit auf gesetzliche Bestimmungen gegründeten Urteilen diese Entwicklung zu steuern. Sie war dem Druck der Inter-

---

1) § 1 des Gesetzes betreffend den Betrieb stehender Gewerbe vom 8. 7. 1868 (BGBl. S. 406):"Das den Zünften und kaufmännischen Korporationen zustehende Recht, Andere vom Betriebe eines Gewerbes auszuschließen, ist aufgehoben". Vgl. hierzu die Darstellung von Zycha, Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, § 49.
Dieser Vorgang ist aber keineswegs nur noch als weit zurückliegendes historisches Beispiel interessant.
Denn erst 1958 fielen, wozu erst ein Richterspruch des BVerfG (E 7, 377 f) erforderlich war, die Realrechte der Apotheker, soweit ihr Exklusivgehalt in Rede stand. Noch 1963 forderte Forsthoff (Verfassungsmäßiger Eigentumsschutz und Freiheit des Berufs, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 19, 21 f) hierfür eine Entschädigung.
1971 mußte das BVerwG (MDR 71, 1035) darüber entscheiden, ob im Freistaat Bayern Kaminkehrrealrechte - auch zugunsten Berufsfremder - noch zu Recht bestehen.

2) Tetzner, UWG, 2. Aufl., Vorbem. 4 vor § 1

essenten und nicht zuletzt den für sie tätig werdenden Gutachtern ausgeliefert.[1] Ein erster gesetzlicher Ansatz wurde nach der Aufhebung der Gewerbeprivilegien erst im Jahre 1896 mit dem Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs[2] geschaffen.

Das RG hat sich daher bemüht, ohne gesetzliche Grundlagen einen Anspruch der wettbewerbsgeschädigten Gewerbetreibenden gegen ihre Konkurrenten zu konstruieren. Dies geschah zum Teil durch Ausdehnung der Gesichtspunkte, die für die von der Gewerbeordnung zunächst unberührt gebliebenen unwiderruflichen und ausschließlichen Gewerbeberechtigungen (§§ 7 und 8 GewO) galten.[3] Diese Entscheidungen knüpfen an den Gewerbebetrieb selbst oder an die Gewerbeberechtigung einen Unterlassungsanspruch gegen den Schädiger.[4] Andere Entscheidungen stellen dagegen auf die Tätigkeit des Gewerbetreibenden ab[5] oder auf dessen geschäftliche Ehre[6], ein Gesichtspunkt, der schon in der früheren Zunftzeit für Ansprüche der Zunftgenossen maßgeblich war. Schließlich

---

1) Vgl. hierzu Oertmann, DJZ 1899, 93 ff.
Dieser Vorgang hatte später seine Parallele in der Erstellung des Gutachtens zum Zeitungsstreik 1952 durch Nipperdey im Auftrage der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Gutachten zum Zeitungsstreik, S. 32 ff, 40).

2) RGBl. 1896 S. 145

3) vgl. Bolze, Praxis des Reichsgerichts 2, Nr. 291

4) In RGZ 28, 238 entschied das RG, daß bei gänzlicher Versorgungsabschließung (Liefersperre durch eine Börsengemeinschaft) eine rechtswidrige Vermögensbeschädigung anzunehmen sei, zwar nicht "an erworbenen Vermögensstücken", wohl aber, weil das "Gewerbsvermögen" zur "Erhaltung und Nutzbarmachung" auf Außenbeziehungen angewiesen sei, die bei planmäßigem Abbau die Annahme einer vorsätzlichen rechtswidrigen Vermögensbeschädigung gemäß § 8 I 6 ALR; §§ 116, 121, 773, 774 Sächs. BGB rechtfertigen" ... .
(vgl. auch die Ausführungen in diesem Urteil zur Zunft, S. 251); ähnlich auch RGZ 45, 59, 61 f
Das RG hat hier kraft landesrechtlicher deliktischer Einzelnormen bei vorsätzlicher Vermögensbeschädigung Schadensersatz gewährt, indem es den Eigentumsschutz weiter entwickelt hat zu kommerzieller Betätigungsfreiheit.

5) Bolze, Praxis des Reichsgerichts 8, Nr. 147; 9, Nr. 110; 20, Nr. 113; RGZ 28, 93 f; RG JW 1902, Beilage 227 Nr. 88

6) Bolze, Praxis des Reichsgerichts 10, Nr. 151; 13, Nr. 107; RG JW 1899, 749, 750

werden manche Urteile auch mit Wendungen wie den folgenden begründet: "Der Beklagte greift in den durch § 1 der Gewerbeordnung garantierten freien Gewerbebetrieb des Klägers ein"[1], "Kränkung der Freiheit der gewerblichen Tätigkeit",[2] die Klageberechtigung ergibt sich "insbesondere aus dem durch § 1 GewO gewährten Recht auf freie gewerbliche Betätigung innerhalb der gesetzlichen Schranken".[3]
Diese Formulierungen weisen nur scheinbar auf ein Persönlichkeitsrecht im Sinne des heutigen § 823 BGB. Sie deuten eher darauf hin, daß dabei der Gedanke an den Gewerbebetrieb als Privileg im Sinne eines vom Landesherrn verliehenen ausschließlichen Rechts bestimmend war. Diese Deutung liegt deshalb nahe, weil das Wort "frei" regelmäßig zusammen mit dem Wort "Gewerbebetrieb" oder "gewerblicher Betätigung" genannt wird und der Gebrauch des Wortes "Freiheit" als Privileg in diesem Zusammenhang vor der Einführung der Gewerbefreiheit 1868 üblich war.[4]
Da die Grundlage für ein solches Recht infolge seiner Beseitigung durch das Gesetz nicht mehr bestand, war es mit den genannten Versuchen auch nicht nach § 1 GewO konstruierbar. Die Auffassung, ein Recht am Gewerbebetrieb oder an der gewerblichen Tätigkeit ergebe sich aus § 1 GewO ist daher abzulehnen. Durch § 1 GewO ist nicht ein Recht begründet, sondern sind bestehende Rechte, nämlich die Gewerbeprivilegien aufgehoben worden. Insbesondere wurde durch § 1 GewO festgelegt, daß es einer staatlichen Zulassung zum Gewerbe nicht mehr bedurfte.

Daß mit der Formel des Rechts am Gewerbebetrieb das Bestreben verbunden war, Vergangenes wieder zum Leben zu erwecken, wurde z.B. von Oertmann[5] nicht verschwiegen.
Er will ein subjektives Recht am Gewerbebetrieb nachweisen, indem er meint, "daß unter der Herrschaft des Zunftzwan-

---

1) Bolze, Praxis des Reichsgerichts 19, Nr. 117
2) Bolze, Praxis des Reichsgerichts 10, Nr. 151
3) RGZ 45, 59, 61; vgl. auch RG JW 1901, 50; 1905, 174; RGZ 61, 366; 65, 210; RG JW 1907, 750; Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 713
4) v. Keller, Deutschrechtliche Beiträge, Bd. XIV (1933),31f
5) DJZ 1899, 93, 94; vgl. dazu auch R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 18

ges und Privilegienwesens ein Recht auf den Gewerbebetrieb vorhanden gewesen" sei, sei "füglich nicht zu bestreiten, und es lasse sich dem unbefangenen Urteil schwer einreden, wieso der Gewerbebetrieb mit der Einführung der Gewerbefreiheit sein ganzes Wesen solle geändert haben."
An diesen Ausführungen wird deutlich, daß der Versuch, ein Recht am Gewerbebetrieb zu begründen, die Fortsetzung überholter ständischer Auffassungen und die Begründung ständischer Vorrechte zum Inhalt hatte.[1)]

c) Fortsetzung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auch nach Erlaß des BGB

Nach Erlaß des BGB ist die Rechtsprechung des RG vor allem dadurch bestimmt worden, die einmal eingeschlagene Richtung fortzusetzen, obwohl angesichts der Regelung der §§ 823 ff, insbesondere des § 823 Abs. 1 BGB, sich die Notwendigkeit einer Überprüfung aufdrängen mußte.[2)]

---

1) Kritisch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Zeit: v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1. Aufl., S. 155; Planck, BGB, 3. Aufl., § 823 Anm. II 1 f (anders 4. Aufl., § 823 Anm. B II 3 g); Lehmann, Festschrift für Zitelmann, S. 16; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 288, 290

2) Das Recht am Gewerbebetrieb ist kein Einzelfall für die Übernahme vorkodifikatorischer Regeln in das nachkodifikatorische Recht, um eine Rechtsfigur, deren die Praxis sich vor und nach der Kodifikation bediente, weiterhin in Geltung zu lassen.
Die Einziehungsermächtigung ist dafür ein weiteres Beispiel. Das RG hatte eine Einziehungsermächtigung schon im preußischen und gemeinen Recht angenommen und begnügte sich in seiner ersten Entscheidung zum bürgerlichen Recht mit dem Hinweis: "Daß eine solche Übertragung der Forderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ebenso wirksam ist, wie nach dem früheren gemeinen und preußischen Recht, ... ist nach § 117 II und §§ 398, 409 rechtlich außer Zweifel". RGZ 53, 416, 417
Esser, Grundsatz und Norm, S. 221, spricht von "einer frappierenden Kontinuität der Judikatur auf weiten Zivilrechtsgebieten vor und nach 1900".

In RGZ 51, 66 ist das "Recht auf Ausübung eines Gewerbebetriebes"[1] als durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt angesehen worden.[2] Da es um den Ausschluß aus einem Ärzteverein ging, liegt die Vermutung nahe, daß in dieser Entscheidung kein kommerzielles Vermögensrecht, sondern ein berufliches Freiheitsrecht zur Debatte stand.[3]
In RGZ 51, 369 hatte im Zusammenhang mit einem Streik der Arbeitgeber Boykottbitten an seine Fabrikantenkollegen gerichtet. Die Schadensersatzklage der Arbeiter wurde abgewiesen. Die Begründung: § 823 Abs. 1 BGB sei nicht betroffen; die Ehre falle nicht unter diese Bestimmung; die Ausübung des selbständig betriebenen Gewerbes "mag, namentlich insoweit dieselbe gewisse Eingriffe Dritter durch die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 besonders geschützt wird, als ein wohlerworbenes Recht anzusehen sein. In casu seien aber lediglich Betätigung der Arbeitskraft und Erwerbsaussichten betroffen, also keine subjektiven Rechte".
Mit dieser Entscheidung verlagert das RG den Gewerbebetrieb in das spezielle Wettbwerbsrecht. Incidenter hat es mit der Ablehnung der Schadensersatzklage den ursprünglichen deliktischen Freiheitsgedanken schon aufgehoben.

In RGZ 56, 271 handelt es sich wiederum um eine Liefersperre durch einen Börsenverein. Das RG schreibt zum Gewerbebetrieb die Ausführungen in RGZ 51, 369 fast wörtlich ab, schließt jedenfalls bei Betätigung gewerblicher Handlungsfreiheit in der Konkurrenz oder in einer Koalition Rechtswidrigkeit aus und verweist auf den ausreichenden Schutz des Gewerbebetriebs in UWG, §§ 823 Abs. 2, 824 und 826 BGB. Die Entscheidung enthält kein Wort vom Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

In der Entscheidung RGZ 58, 24, 29, die noch heute irrig als Ausgangspunkt der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb zitiert wird[4], sagt das RG, daß "an dem bereits

---

1) es handelte sich um eine Privatkrankenanstalt
2) dies läßt sich lediglich aus einem Zitat in RGZ 51, 369, 374 ermitteln
3) ähnlich RGZ 28, 238, jedenfalls anders als in RGZ 58, 24
4) BGHZ 29, 65, 67; BGH NJW 74, 315, 316; Deutsch, JZ 63, 385, 386; v. Caemmerer, Festschrift DJT, Bd. II, S. 49, 84; Fikentscher, SchuldR, 2. Aufl., § 103 II 1

eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Recht" verschiedentlich angenommen worden sei, und zwar außer für negatorische Abwehr- auch für Schadensersatzansprüche. Es verweist in beiden Fällen auf Vorentscheidungen. Zum Schadensersatzanspruch bezieht sich das RG auf RGZ 28, 238; 51, 66; 51, 369 und fügt hinzu:
" Der erkennende Senat glaubt sich grundsätzlich auf den gleichen Boden stellen zu sollen. Dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetrieb nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 fallende Rechtsverletzung angesehen werden".
Das RG bezieht sich nicht nur zu Unrecht auf die Vorentscheidungen, die, wenn und soweit sie überhaupt einschlägig sind, das Gegenteil der behaupteten Inhalte belegen. Es hat auch die eigene Behauptung nicht begründet. Als "feste Grundlage" des subjektiven Rechts findet das RG den Willen des Gewerbetreibenden, der im Gewerbebetrieb seine "gegenständliche Verkörperung" gefunden habe. Mit Hilfe dieser Konstruktion wird allgemeiner Eigentumsschutz auf speziellen Unternehmensschutz ausgedehnt. In Wahrheit ist für das RG das angegebene subjektive Recht nicht einmal die Entscheidungsgrundlage. Denn wirkliche Entscheidungsgrundlage ist das bei rechtlich unzulässiger Inanspruchnahme eines gewerblichen Schutzrechts unerlaubte Wettbewerbsverhalten, folglich ein Tatbestand des speziellen Rechts des Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes.

An dieser grundsätzlichen Einstellung der Rechtsprechung zum Unternehmensschutz hat sich seitdem, von einer Ausweitung des Schutzes und sonstigen Einzelproblemen abgesehen, nichts mehr geändert.
Das Unternehmensrecht ist also entstanden im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht. Je entwickelter sich das Wettbewerbsrecht darstellte,um so überflüssiger wurde das Unternehmensrecht auf diesem Gebiet.

Die für wettbewerbsrechtliche Streitfälle benutzten Formulierungen ließen sich freilich später verwerten, um unter Abstrahierung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten allgemeinen Vermögensschutz für Unternehmer zu gewähren.

d) Eingriff in den Bestand des Unternehmens

Zunächst sollte der Gewerbebetrieb nur gegen unmittelbare Eingriffe gegen seinen Bestand geschützt sein. Es mußte sich um eine unmittelbare Antastung der Grundlagen des Gewerbebetriebs handeln.[1] Vor allem wurde angenommen, daß das Recht am Gewerbebetrieb nicht die Aussicht auf künftigen Erwerb und Ertrag, Gewinnung von Kundschaft usw. umfasse.[2]

Die Formel des unmittelbaren Eingriffs gegen den Bestand des Gewerbebetriebs findet sich zwar in der Mehrzahl der reichsgerichtlichen Urteile, zumindest in der Zeit bis 1932, es wurde aber kaum jemals auf dieses Kriterium wirklich abgestellt.[3]

e) Hinderung von Betriebshandlungen

Das Kriterium des unmittelbaren Eingriffs in den Bestand des Gewerbebetriebs war grundsätzlich nicht mehr als eine bloße Redewendung. Da seine Voraussetzungen selten gegeben waren, konnte mit ihrer Verneinung Unternehmensbeeinträchtigungen von Schadensersatzpflichten jeweils frei gehalten

---

1) vgl. etwa RGZ 51, 369; 56, 271; 58, 24, 29; 73, 107, 112; 77, 217, 219; 79, 224, 226; 95, 339, 340; 101, 335, 337; 102, 223, 225; 119, 435, 438; 126, 93, 96; 135, 242, 247; schon damals ließen aber einige Urteile eine Gefährdung des Gewerbebetriebs genügen, so RGZ 109, 50, 52; RGZ 109, 272, 276

2) vgl. etwa RGZ 65, 210, 213; 73, 253, 256/257; 77, 217, 219; 79, 224, 226; 100, 213, 214; 101, 335, 337; 102, 223, 225; 119, 435, 438; 126, 93, 96; 135, 242, 247

3) vgl. etwa RG Recht 1912 Nr. 3191; RG LZ 1924 Sp. 34; RG JW 32, 1883; RG MuW XIV, 74; RG SeuffA 70, 322; dagegen entscheidungsrelevant RG JW 1915, 326; RGZ 117, 408; RG Recht 24 Nr. 1678

werden, wenn man es für angebracht hielt.[1] Jedoch ergaben sich Schwierigkeiten, wenn man einen Anspruch zuerkennen wollte. Dann wurde in der Regel auf das Erfordernis der Bestandsgefährdung nicht eingegangen.[2]

In mehreren Entscheidungen wurde von vornherein darauf abgestellt, daß Betriebshandlungen tatsächlich gehindert oder die rechtliche Zulässigkeit bestritten und fälschlich das Recht angemaßt sein mußten, den Gewerbebetrieb zu untersagen oder zu beschränken.[3]

In anderen Urteilen wurde dieses Kriterium gar nicht erwähnt. In RGZ 76, 35, 45 wird z.B. die Schadensersatzpflicht allein darauf gestützt, daß Boykottposten eine Gastwirtschaft wochenlang belagert und dabei Kunden und Lieferanten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt am Zutritt gehindert hatten, zum Teil auch in die Gastwirtschaft eingedrungen waren.[4] Umgekehrt war in einem anderen Boykott-Fall eine unerlaubte Handlung unter dem Gesichtspunkt verneint worden, daß der Gewerbetreibende am Recht nicht gehindert worden sei.[5]

In Fällen unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen, in denen der Klage stattgegeben wurde, richteten sich die Handlungen meistens nicht gegen den Bestand des Gewerbebetriebes, sondern gegen einzelne Betriebshandlungen.[6] Auch wenn der Bestand des Betriebes betroffen war, stellte das RG in diesen Fällen nie darauf ab. Es hat später selbst ausdrücklich erklärt, daß dieses Kriterium des unmittelbaren Eingriffs in den Bestand des Gewerbebetriebes nicht entscheidend war.[7]

---

1) vgl. RG GRUR 39, 397 (es war über den Vorwurf zu entscheiden, eine Versicherungsanstalt handele "vom Standpunkt der Erhaltung des deutschen Volksvermögens verantwortungslos")
2) vgl. etwa RG MuW 1929, 378
3) In RGZ 77, 217 setzte das RG erstmals - stillschweigend - "die tatsächliche Hinderung" des Gewerbebetriebes" der tatsächlichen Verhinderung oder Behinderung von Betriebshandlungen" gleich. Vgl. auch RGZ 135, 242; RG SeuffA 71, 322; RG JW 15, 913; RG MuW 1931, 200
4) vgl. auch RG Recht 1916 Nr. 444 (einem Schlachter wurde das Betreten des von den Schlachtern der Gemeinde ausschließlich zu benutzenden Schlachthauses verboten)
5) RG Recht 1909 Nr. 672
6) vgl. etwa RG JW 1915, 327; 1917, 712
7) vgl. etwa RG JW 1929, 1218; RG MuW 31, 276

f) Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung

Auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts ließ das RG in seinen späteren Entscheidungen jede Beeinträchtigung der "gewerblichen Betätigung" für die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb genügen.
Derartige Tendenzen zeigten sich vereinzelt schon zu Anfang der Rechtsprechung zum Gewerbebetrieb.[1] Als entscheidend wurde z.B. angesehen, daß die Behauptung eines Geschäftsmannes - die Kunden würden bei seinen Konkurrenten nicht gut bedient, man kaufe bei ihm besser - geeignet war, den Gewerbebetrieb zu schädigen und zu beeinträchtigen, und daß der Beklagte "über seine eigene Berechtigung, sich im Gewerbe zu betätigen", hinausgegangen sei.[2]

Ab 1928 setzte sich die Auffassung durch, daß es auf dem Gebiete der gewerblichen Schutzrechte nicht auf einen unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs gerichteten Eingriff ankommt.[3]
1931 wurde das Erfordernis der Bestandsgefährdung ausdrücklich als "zu eng" verworfen und gegen jede unbefugte Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung die Abwehrklage zugelassen.[4]

Mit der Anerkennung der weiten Formel von der Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs ergaben sich gleichzeitig Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zulässigem Verhalten und anspruchsbegründenden Handlungen.[5] Ein Anspruch erforderte "unbefugte"[6] bzw. eine "unmittelbar gegen den Bereich des Gewerbebetriebs gerichtete" Beeinträchtigung.[7]

---

1) RG JW 1905, 20; 1908, 133; RG LZ 1907 Sp. 744; auf den Eingriff in den Bestand wurde dagegen in der Folgezeit wieder abgestellt, vgl. RG JW 1915, 326; 28, 343
2) zu diesem Aspekt vgl. auch RG JW 1906, 595
3) entscheidende Urteile waren: RG JW 29, 1217; RG MuW 29,65
4) RG MuW 1931, 276; vgl. auch RG JW 1931, 1908; RG MuW 1935, 26; RG JW 1939, 484; RGZ 163, 21, 32; RG GRUR 42, 365; in der Folgezeit wurde vereinzelt noch ein unmittelbar gegen den Bestand gerichteter Eingriff gefordert, vgl. RG GRUR 1939, 397; RG JW 1939, 426; RG DR 1940, 726
5) RG JW 1931, 1908
6) RG MuW 1931, 276
7) RGZ 163, 21, 32

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vermochte es nicht, den Schutzumfang der gewerblichen Betätigung eindeutig zu erfassen. Die Kriterien der Bestandsgefährdung oder der Zielrichtung gegen den Bestand des Gewerbebetriebs waren in Wirklichkeit nie entscheidende Abgrenzungsmerkmale.

Aus der Vielzahl der Entscheidungen folgt, als unbestrittenes Ergebnis lediglich, daß die tatsächliche Behinderung irgendwelcher Betriebshandlungen oder das Bestreiten ihrer rechtlichen Zulässigkeit als gegen § 823 Abs. 1 BGB verstoßend gewertet wurden.

a) Weiterentwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung durch den BGH

Der BGH hat in der grundlegenden Entscheidung vom 26. 10. 1951 die Rechtsprechung des RG, Beeinträchtigungen der gewerblichen Betätigung als Verletzung des Gewerbebetriebs zu werten[1], aufgegriffen und Rechtsschutz einerseits unter der Einschränkung[2] gewährt, daß es sich bei der widerrechtlichen Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung um einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs handelt.[3] Andererseits erweiterte er den Schutzbereich, indem er den Anspruch wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb nicht mehr auf Fälle des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts beschränkte.

---

1) RGZ 158, 377, 379; 163, 21, 32; RG MuW 1931, 276, 277; 1935, 26, 30; RG GRUR 1940, 375, 378; 42, 54; 42, 365;
2) nach RGZ 158, 377, 379; RG MuW 1935, 26, 30; RG GRUR 1942, 365 genügte "jede schuldhafte Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung"; nach RG MuW 1931, 276, 277 "jede unbefugte Beeinträchtigung gewerblicher Betätigung"
3) BGHZ 3, 270, 279; dieses Kriterium des unmittelbaren Eingriffs in den Bereich des Gewerbebetriebs erwähnte bereits RGZ 163, 21, 32; so auch die späteren Entscheidungen des BGH, vgl. BGHZ 8, 142; 8, 387; 24, 200; in BGHZ 2, 387 - unberechtigte Patentrechtsverwarnung - wurde der Anspruch wegen Eingriffs in einen eingerichteten Gewerbebetrieb gewährt, jedoch ohne eine Abgrenzung des geschützten Bereichs vorzunehmen.

"Es besteht kein sachlicher Grund, diesen Gedanken des Schutzes der gewerblichen Betätigung auf das Gebiet des Wettbewerbs und der gewerblichen Schutzrechte zu beschränken. Wie das Eigentum nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Ausstrahlungen ... durch § 823 Abs. 1 BGB vor unmittelbaren Eingriffen geschützt ist, muß nach dieser Schutzvorschrift auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben".[1)]

Im Urteil vom 9. 12. 1958 wollte der BGH den Schutz auf solche Erscheinungsformen beschränken, die dem Gewerbebetrieb "spezifisch und als solchem eigen" sind. Letztlich stellte er doch auf die Unmittelbarkeit des Eingriffs ab.[2)] Brauchbares Unterscheidungsmerkmal zwischen zulässigen und unzulässigen Handlungen war auch nicht die Formel, daß der Gewerbebetrieb nur gegen unmittelbare Eingriffe in "die dem Unternehmen eigenen Erscheinungsformen wirtschaftlicher Tätigkeit" geschützt werde.[3)]

Der BGH erkannte selbst die Unzulänglichkeit der Kriterien und erklärte, daß mit den Formulierungen "durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten freien Entfaltung des Gewerbebetriebs", "Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit"[4)], "störender Eingriff in die freie gewerbliche Entfaltung des Unternehmens"[5)] usw. die Unzulässigkeit der schadensersatzpflichtigen Handlungen nicht schon abschließend umschrieben sei. In einigen Entscheidungen sprach er nur davon, daß unmittelbar in die Interessen des Gewerbetreibenden eingegriffen sei, die unter dem Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb stünden, der Umfang des dem Gewerbebetrieb zugestandenen Schutzes sich aber jeweils nach dem Gewicht der den Unternehmensinteressen im konkreten Fall gegenüberstehenden Belangen bestimme.[6)] Die Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung hatte dann keine Schadensersatzpflicht zur Folge,

---

1) BGH LM Nr. 14 zu § 823 (Ai) BGB
2) BGHZ 29, 65, 69
3) BGH NJW 63, 484
4) BGHZ 8, 142
5) BGH LM Nr. 11 zu § 823 (Ai) BGB
6) BGHZ 24, 200

wenn eine Abwägung ergab, daß die Interessen des Gewerbetreibenden gegenüber gewichtigeren Belangen zurücktreten mußten.

Für die Urteile aus der anfänglichen Rechtsprechung des BGH ergibt sich dem Gehalt nach, daß sie bei dieser Abwägung eine Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) nur unter verhältnismäßig engen Voraussetzungen (Grundsätze des unbedingt Notwendigen und der größtmöglichen Schonung) anerkennen und in der Systematik klar darauf abstellen, daß die vorangigen eigenen Interessen als Rechtfertigungsgrund die durch den Eingriff in die gewerblichen Interessen zunächst indizierte Rechtswidrigkeit beseitigen.[1)]

Ab 1960 äußerte der BGH Bedenken, ob die Heranziehung des § 193 StGB erforderlich war, und nahm eine positive Rechtswidrigkeitsprüfung vor[2)], die in der Blinkfüer-Entscheidung[3)] unter ausführlicher Begründung bestätigt wurde.

Ob ein widerrechtlicher Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegt, soll nach einer Güter- und Pflichtenabwägung zu entscheiden sein. Das Erfordernis der größtmöglichen Schonung der Interessen des Gewerbetreibenden wird nicht mehr erwähnt.

Die Rechtsprechung ist also immer mehr dazu übergegangen, bei Verletzungen des Gewerbebetriebs die Rechtswidrigkeit erst aus der zu mißbilligenden Art der Schädigung abzuleiten. Einer Berufung des Täters auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund bedarf es nicht mehr.

Nicht eindeutig ergibt sich aus den Entscheidungen, ob die Interessenabwägung erst auf der Stufe der Rechtswidrigkeit oder schon bereits bei der Abgrenzung des Tatbestands erfolgt.[4)]

Auch der BGH vermochte es nicht, die unzulässigen schadensersatzpflichtigen Handlungsweisen tatbestandsmäßig zu er-

---

1) so bereits BGHZ 3, 270, 281; vgl. auch BGHZ 8, 142; BGH GRUR 55, 342; BGH LM Nr. 11 zu § 823 (Ai) BGB; BGH WUW 56, 149; BGHZ 24, 200; 29, 65; BGH JZ 60, 443
2) BGH LM Nr. 5 zu § 823 (Bd) BGB
3) BGH NJW 64, 29; vgl. auch BGH JZ 65, 680; BGH NJW 66, 1617; BGH GRUR 66, 386; BGH JZ 67, 257; BGH WRP 68, 54; BGH VersR 69, 352
4) vgl. BGH NJW 63, 484, 485

fassen. Er geht vielmehr von einem sehr weiten Schutzbereich des Rechts am Gewerbebetrieb aus und versucht Abgrenzungsmerkmale herauszuarbeiten, um nichthaftungswürdige Beeinträchtigungen der gewerblichen Tätigkeit von Rechtsfolgen frei zu halten.

Die Kriterien zur Eingrenzung schadensersatzpflichtiger Unternehmensbeeinträchtigungen müssen sich nach dem Schutzgegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb richten. Daher ist zunächst eine Feststellung des eigentlichen Schutzobjekts erforderlich.
Der dem zu ermittelnden Schutzobjekt zu gewährende Schutzumfang ist bedingt durch die die Rechtsfortbildung bestimmenden Prinzipien. Bevor also Abgrenzungsmerkmale aufgestellt werden können, muß der Schutzgegenstand bestimmt und die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung geklärt sein.

3. Schutzobjekt des Rechts am Gewerbebetrieb

a) Schutz der Betätigung im Unternehmen

Bei der Bestimmung des Schutzobjekts des Rechts am Gewerbebetrieb ist vom Wesen des Gewerbebetriebs auszugehen. Danach hat der Gewerbebetrieb Gutsqualität und ist auch als Funktion zu sehen. Beide sind in ihm eine enge, unauflösliche Verbindung eingegangen. Die Eigenart des Unternehmens als Konglomerat von immateriellen Werten und tatsächlichen Beziehungen, sowie von Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten beruht auf dem Zusammenspiel der sachlichen und persönlichen Elemente.[1] Die Organisation des Gewerbebetriebs wie die Geschäftserfahrung gewinnen ihren eigentlichen Wert in der Betätigung des Unternehmens. Der Unternehmenswert liegt in der für den Inhaber bestehenden Möglichkeit, sich die Organisation und die Geschäftserfahrung zunutze zu machen. Wird er hierin behindert, so kann er den in Organisation und Geschäftserfahrung liegenden Wert nicht realisieren. In der Sicherung der Unternehmenstätigkeit liegt daher gleichzeitig auch der Schutz der Organisation und der Geschäftserfahrung.

Das Recht am Gewerbebetrieb will also das Unternehmen als Organisation in seiner wirtschaftlichen Betätigung schützen.[2] Aus dieser Zweckrichtung folgt, daß eine Beeinträchtigung des gewerblichen Tätigkeitskreises nur vorliegt, wenn das Funktionieren des Unternehmens irgendwie in Mitleidenschaft gezogen ist.

Das ist auch das Anliegen der Rechtsprechung, wenn das RG den Unrechtsgehalt mit der "Hinderung und Hemmung des Anbietens oder Abschließens von Verträgen oder irgendwelchen Betriebshandlungen des Unternehmens" umschrieb.[3]

---

1) vgl. oben S. 90

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 117; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 176; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S. 484; Reinhardt, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 11; Buchner, S. 121; Schneider, JR 72, 465; Glückert, AcP 166 (1966), 311, 323; Hubmann, ZHR 117, 41, 79; vgl. auch Schippel, S. 32 f; GRUR 59, 284, 285; Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 40; Begemann, S. 72 f; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 234

3) vgl. etwa RGZ 60, 1; RGZ 77, 217, 219

"Es wird damit dem Gedanken Rechnung getragen, daß jeder Unternehmer beanspruchen kann, vor widerrechtlichen Störungen bewahrt zu bleiben, die sein Unternehmen nicht zur vollen, in der Gesamtheit seiner Bestandteile und Betriebsmittel begründeten Entfaltung kommen lassen".[1)]
Der BGH will die "im Geschäftsunternehmen verkörperten Werte" sichern[2)], "das Unternehmen in seinem Funktionieren schützen".[3)]

Diese Zweckrichtung wird auch durch die enteignungsrechtliche Judikatur bestätigt.
Der Unternehmensschutz ist nämlich nicht nur ein Anliegen des Deliktsschutzes, sondern auch des Eigentumsschutzes gemäß Art. 14 GG.[4)] Da sowohl Art. 14 GG als auch §§ 823 ff BGB den Schutz von Rechten bezwecken, ist der Schutzgegenstand, den die Rechtsprechung im Rahmen des Art. 14 GG für den Gewerbebetrieb ermittelt hat, auch für den deliktischen Unternehmensschutz relevant.[5)] Hinsichtlich des Schutzumfangs ist aber zu beachten, daß im enteignungsrechtlichen Bereich für die Einschränkung der Rechtspositionen des einzelnen gegenüber den Belangen der Allgemeinheit nicht notwendig die gleichen Abgrenzungsmerkmale gelten müssen wie im deliktsrechtlichen Bereich bei der Abwägung der Interessen der Bürger untereinander.[6)]
Nach der enteignungsrechtlichen Rechtsprechung, die ausdrücklich auf Entscheidungen zum deliktischen Unternehmens-

---

1) RG JW 39, 484, 485
2) BGHZ 24, 200
3) BGHZ 29, 65, 70
4) vgl. BGHZ 23, 157, 161; BGH NJW 59, 2156; 62, 1816; 65, 1907; 67, 1752; 71, 605; 71, 607; 72, 243; 72, 1574; bestätigt durch das BVerfG, vgl. BVerfG NJW 52, 865; BVerfGE 13, 225, 229
5) Abzulehnen ist die Ansicht von Raiser (Verh. 46. DJT, Bd. II, B 26/27), daß die Frage des Unternehmensschutzes über § 823 Abs. 1 BGB nicht aus Art. 14 GG entschieden werden kann.
6) Ferner ist die Enteignungsentschädigung anders als der Schadensersatzanspruch nicht darauf gerichtet, den Eingriff ungeschehen zu machen. Die Entschädigung ist an der dem Verkehrswert der entzogenen Substanz und nicht an hypothetischen Vermögensentwicklung auszurichten. Vgl. BGH NJW 66, 493; BGH JuS 72, 668

schutz Bezug nimmt,[1] ist ebenfalls entscheidend, ob in den Betrieb als wirtschaftlichen Organismus eingegriffen wird und damit dessen ungestörtes Funktionieren unterbunden wird,[2] ob der Inhaber gehindert wird, von dem Gewerbebetrieb, von der von ihm aufgebauten und aufrechterhaltenen Organisation sachlicher und persönlicher Mittel, den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen.[3]
Auch bei der Enteignung besteht der Eingriff in den Gewerbebetrieb in der Behinderung des Inhabers, die im Unternehmen liegenden Werte zu realisieren.[4] Schutzgegenstand ist die Betätigung im bestehenden Unternehmen, nicht allgemein die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung.[5]

Da mit der Sicherung der Betätigung im Unternehmen gleichzeitig auch der Schutz der Organisation und Geschäftserfahrung erfolgt, kann es bei der Bestimmung des Schutzobjekts gar nicht darum gehen, ob die Unternehmenswerte als Immaterialgüterrecht oder/bzw. und die Betätigung als Persönlichkeitsrecht geschützt werden.[6]

---

1) so BGHZ 23, 157, 163 f; vgl. auch BGH NJW 68, 293; BGH LM Nr. 25 zu Art. 14 (Ba) GG; LM Nr. 24 zu Art. 14 (Cf) GG; BGHZ 45, 83, 87
2) BGH LM Nr. 30 zu Art. 14 (Bb) GrundG; BGH NJW 67, 1857
3) BGH NJW 68, 293
4) BGH LM Nr. 1 zu Württ. ZwangsenteignungsG; LM Nr. 5 zu Art. 14 (Cb) GrundG; BGH NJW 59, 2156; 67, 1857; 68, 293
5) BGH LM Nr. 5 zu Art. 14 (Cb) GrundG; LM Nr. 5 zu § 839 (C) BGB; BGH NJW 59, 2156, 2160; BGH LM Nr. 33 zu Art. 14 (Ca) GrundG
6) zu dieser Unterscheidung vgl. R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 15 f, 19 f; Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 453 ff; Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 1, S. 237 f, 258, 262 f; Hubmann, ZHR 117 (1955), 41, 78 f; Das Persönlichkeitsrecht, S. 192; Leßmann, AcP 170 (1970), 266, 275; bei der Bestimmung des Schutzgegenstandes stellen auf die gewerbliche Betätigung ab: Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten, S. 41; Enneccerus-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., S. 991

b) Rechtsnatur des Schutzgegenstandes

Auch die Frage nach der Rechtsnatur des Schutzgegenstandes - Persönlichkeitsrecht[1], eigentumsähnliches Recht[2] oder Immaterialgüterrecht[3] - ist lediglich von systematischem Interesse.

Ihre Klärung vermag zur Erfassung des Unrechtsgehalts, zur Abgrenzung erlaubter von rechtswidrigen Handlungen, zur Beurteilung der Notwendigkeit der Erweiterung des Unternehmensschutzes im Wege der praeterlegalen Rechtsfortbildung sowie zur Einordnung des Rechts am Gewerbebetrieb in das Deliktsrecht nichts beizutragen.[4]

Für einen deliktsrechtlichen Anspruch ist allein entscheidend, ob das Funktionieren des Unternehmens irgendwie in Mitleidenschaft gezogen ist, ob also ein Eingriff in das "Recht am Gewerbebetrieb" gegeben ist, und ob für den Schutz des Unternehmens ein Bedürfnis zu bejahen ist.

---

1) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 713 f; Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 1, S. 145 f; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, § 133 IV; Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 683 f; Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 68 f, 77; Leßmann, AcP 170 (1970), 266, 275.
Das RG lehnte stets die Anerkennung eines allgemeinen oder besonderen Persönlichkeitsrechts ab und schützte nur das Unternehmen als ein verkörpertes, außerhalb der Persönlichkeit des Unternehmers liegendes Gut. Vgl. RGZ 51, 369, 373; 58, 24, 30; 73, 107, 111; der Anerkennung eines Persönlichkeitsrechts nahe RGZ 109, 50, 52 f.

2) In BGHZ 3, 270, 279 wird auf die Parallele zum Eigentum Bezug genommen. Vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 127

3) R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 57; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 940 f; Hefermehl, WuW 53, 284, 286; Weitnauer, DB 62, 461; 70, 1688: "Immaterialgüterrecht mit gewissen persönlichkeitsrechtlichen Einschlägen"; Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten, S. 35; Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 24, 59; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 97 f, 104; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, S. 32 f

4) Katzenberger, Recht am Unternehmen, S. 34, 36; Buchner, S. 118; Eike Schmidt, Athenäum, Zivilrecht 1, S. 486; Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 70; Neumann-Duesberg, NJW 56, 916; Esser, AcP 172 (1972), 97, 110, 119; Säcker, Gruppenautonomie, S. 67; E. Schneider, DRiZ 66, 282

Als Immaterialgüterrecht wird das Recht am Gewerbebetrieb vor allem von Hubmann[1] angesehen.
Anknüpfend an das Urheberrecht meint Hubmann, das Recht am Gewerbebetrieb umfasse die Interessen an dem verselbständigten Geistesgut, das der Unternehmer durch seine schöpferische Tätigkeit aus sich herausgestellt und den Gütern der Umwelt aufgeprägt habe. Dieses Immaterialgut werde zwar einerseits von der Person des Unternehmers, andererseits von einer Reihe materieller, immaterieller und persönlicher Mittel getragen und hänge daher an ihnen, aber es sei doch von ihnen ablösbar. Da der Unternehmer wie auch die sonstigen tragenden Substrate auswechselbar seien, erlange die objektivierte Leistung Verkehrsfähigkeit. Diesem Umstand entspreche die Notwendigkeit, ein Immaterialgüterrecht anzuerkennen.
Wenn das Recht am Gewerbebetrieb ein Immaterialgüterrecht ist, das auch nach Hubmann zu den dinglichen Rechten gehört, so muß es wie alle dinglichen Rechte als absolutes Recht einen Gegenstand haben. Die "objektivierte Leistung" ist aber gerade kein individueller Gegenstand; das ergibt sich im übrigen unmittelbar aus den Ausführungen Hubmanns. Seine Bezugnahme auf das Urheberrecht vermag daran nichts zu ändern. Auch durch § 11 UrhG ist nicht ein Immaterialgüterrecht mit mehreren Gegenständen geschaffen, sondern wie sich aus den nachfolgenden Bestimmungen des Gesetzes ergibt, ist mit § 11 UrhG nur der Umfang des Urheberrechtsschutzes umschrieben.

Zwischen der Störung eines Gewerbebetriebs und der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht eine gewisse Beziehung.
Der Inhalt des ebenfalls von der Rechtsprechung[2] entwickelten allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht dahin, der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit auf allen Bereichen

---

1) ZHR 117 (1955), 41, 58; Das Persönlichkeitsrecht, S. 192
2) vgl. etwa BGHZ 13, 334, 338; 15, 249, 257; 27, 284, 285f; BGH NJW 56, 1554; 57, 1146; 57, 1315; 58, 827

und in sämtlichen Erscheinungsformen Schutz zu gewähren. Der Schutz soll sich auch auf den wirtschaftlichen Bereich erstrecken[1], und der einzelne soll in der Ausübung einer wirtschaftlichen, wie auch jeder anderen beruflichen Betätigung geschützt werden.
Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner bisherigen Gestalt ist auf den Schutz der Persönlichkeit in ihrer individuellen sittlichen Selbstverwirklichung gerichtet. Der Schutz der gewerblichen Betätigung gehört dagegen überwiegend der vermögensrechtlichen Sphäre an. Es geht nicht um die Freiheit der sittlichen Selbstverwirklichung, sondern um die Freiheit zum Erwerb.[2]
Das Persönlichkeitsrecht erscheint wegen der andersartigen Wert bezogenheit nicht als die passende dogmatische Grundlage für einen Unternehmensschutz.

Die Rechtsprechung unterscheidet eindeutig zwischen Unternehmens- und Persönlichkeitsverletzungen.
Im Falle eines unbegründeten Rückerstattungsantrags hinsichtlich eines Mühlengrundstücks nach 52 MRG lehnte der BGH einen Eingriff in den Gewerbebetrieb ab, weil sich der Antrag nur gegen die Person des Inhabers gerichtet habe.[3]
Ein Betriebsgeheimnis wurde nur deshalb als zum Gegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb gehörend angesehen, weil es schon deshalb aufgehört habe, ein der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Persönlichkeitsrecht zu sein, wenn der Erfinder seine Absicht, die Erfindung wirtschaftlich zu verwerten, kundgetan und damit zu erkennen gegeben habe, daß er selbst seine Erfindung als Vermögenswert ansehe und ausbeute.[4]

---

1) Puttfarken, GRUR 62, 500, 503 f; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 116, 144; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 131 f
2) Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S. 484; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 110; Fikentscher, Festschrift für Kronstein, S. 261, 282; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 180; Hoffmann, ArbuR 68, 33, 36; Koebel, NJW 55, 1337; Hefermehl, WuW 53, 284, 285; Leßmann, AcP 170 (1970), 266, 278 f.
In der Schweiz wird der mit dem Recht am Gewerbebetrieb beabsichtigte Schutz über Art. 28 ZGB (Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) erreicht. Vgl. Egger, in Kommentar zum Schweiz. ZGB, 2. Aufl., Bd. 1, S. 245; Kaestlin, NJW 59, 1009, 1011 f
3) BGH LM Nr. 4 zu § 823 BGB (Da)
4) BGHZ 16, 172, 175; vgl. auch BGH DB 59, 1187; BGHZ 36,77

Der Schutz der Persönlichkeit im Wirtschafts- und im Privatleben wird durch zwei Rechte, das Recht am Gewerbebetrieb und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, verwirklicht. Bei dieser Differenzierung ist es dann auch sinnvoll, die "Freiheit" als besonders benanntes Rechtsgut in § 823 Abs. 1 BGB auf die körperliche Bewegungsfreiheit zu beschränken.

4. Rechtspolitische Notwendigkeit der Rechtsfortbildung

Ein über die §§ 823 ff BGB hinausgehender Schutz für die Betätigung im Unternehmen muß für einen angemessenen Interessenausgleich erforderlich sein.
Ergibt sich, daß das Gesetz keine den im Spiel befindlichen Interessen angemessene Regelung enthält, so ist mit der Erkenntnis, daß es sich um eine Lücke handelt, gleichzeitig die Notwendigkeit und Berechtigung der Lückenergänzung dargelegt. Die Feststellung einer Lücke beruht nämlich auf denselben teleologischen Erwägungen, aus denen sie auch ausgefüllt wird. Es handelt sich nicht um zwei getrennte Gedankenzüge, sondern um einen einzigen.[1)]

a) Recht am Gewerbebetrieb als Lückenproblem

aa) Begriff der Lücke

Die Frage, wann eine Lücke vorliegt, ist umstritten. Es gibt eine engere und eine weitere Auffassung.

Die weitere Auffassung nähert sich stark einer Kritik des Gesetzes. Nach Sauer[2)] liegt eine Lücke dann vor, wenn das Gesetz schweigt, während für den vorliegenden Fall eine Rechtsnorm erwartet wird. Zu erwarten sei eine Rechtsnorm, die ein im Sinne der Rechtsidee liegendes Ergebnis ermögliche. In noch weiterem Umfang will Binder[3)] von einer Lücke sprechen. Sie liege schon dann vor, wenn eine durch die gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung finde.

---

1) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 334 f, 340; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 139; Festschrift für Sauer, S. 85, 91; Larenz, Methodenlehre, S. 350, 363, 378; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 17, 33, 161 f; Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 111 f; Säcker, ARSP 72, 215, 235; einen zweistufigen Vorgang nehmen an: Herschel, JuS 65, 259, 261; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 110
2) Juristische Methodenlehre, S. 283
3) Philosophie des Rechts, S. 89

In einem engeren Sinn wollen Hübner[1] und Nipperdey[2] den Begriff der Gesetzeslücke verstanden wissen. Sie teilen sie in zwei Kategorien ein, die bewußten und die unbewußten Lücken. Die erstere liegt dann vor, wenn das Gesetz bewußt auf eine vollständige Regelung verzichtete und die Ergänzung des Rechts dem Richter und der Rechtslehre überlassen hat. Von einer unbewußten Lücke sprechen sie dann, wenn der Gesetzgeber einen regelungsbedürftigen Tatbestand übersehen hat oder gar nicht erkennen konnte, da er erst nach einer Veränderung der Lebensverhältnisse entstanden ist.
Neben dieser vor allem auf den Willen des historischen Gesetzgebers abstellenden Ansicht steht die Theorie, die den Zweck des Gesetzes in den Vordergrund rückt. Larenz[3] meint, eine Lücke des Gesetzes liege überall und nur da vor, wo es, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig sei, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widerspreche. Es müsse sich um eine dem Plan des Gesetzgebers widersprechende, also "planwidrige Unvollständigkeit" handeln.

Der von Sauer und Binder befürwortete weite Begriff der Lücke ist abzulehnen, denn bei seiner Anwendung handelt es sich nicht mehr um Rechtsanwendung, sondern um dem Richter nicht mögliche Kritik des Gesetzes.
Auch der Ansicht, die entscheidend auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, kann nicht gefolgt werden. Vielfach läßt sich dieser Wille nicht mehr genau ermitteln. Auch kann ihm bei älteren Gesetzen keine maßgebliche Bedeutung mehr zukommen.[4] Völlig bedeutungslos ist der Wille des

---

1) Lehmann-Hübner, BGB AT, § 8 III
2) Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 338 f
3) Methodenlehre, S. 357; vgl. auch Engisch, Einführung, S. 138
4) BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 11, 126, 130; BGHZ 23, 377, 390; 33, 371, 330; 36, 370, 376; 37, 58, 60; Esser, Grundsatz und Norm, S. 252 f; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 126 f; Habscheid, AcP 165, 84, 85; Herschel, ArbuR 66, 148, 149; Eilsberger, JuS 70, 164, 167; Germann, Festschrift für F. v. Hippel, S. 145, 158

historischen Gesetzgebers allerdings nicht. Er hat jedoch nur Gewicht als eines unter vielen Auslegungsmitteln. Der entscheidenden Bedeutung der im Gesetz nach seinem in Rechtsprechung und Lehre geprägten Verständnis sich manifestierenden Wertentscheidung trägt dagegen die Meinung Rechnung, die die Methode der teleologischen Interpretation anwendet.[1)]

bb) Unternehmensschutz als anfängliche Lücke

Nach dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB, der Ersatz von Vermögensschäden nur bei Verletzung der dort genannten Rechtsgüter und Rechte eintreten läßt, ist der Ersatz reiner Vermögensschäden ausgeschlossen. Das gleiche ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, wonach reine Vermögensschäden nur bei Vorliegen einer der Tatbestände der §§ 823 Abs. 2 ff BGB zu ersetzen sind.[2)]
Aufgrund des durch die Materialien zum BGB belegten Willen des historischen Gesetzgebers[3)] kann auch kein Zweifel bestehen, daß bei Nichteingreifen eines der Tatbestände der §§ 823 ff BGB keine Ersatzpflicht für Vermögensschäden bestehen soll.
Angesichts des bewußten Ausschlusses des Ersatzes reiner Vermögensschäden ist von einer ursprünglichen Lückenlosigkeit der gesetzlichen Regelung des Deliktsrechts auszugehen.

cc) Unternehmensschutz als nachträgliche Lücke

Eine ursprünglich lückenlose Regelung kann aber nachträglich aufgrund einer Veränderung der sozialen Situation oder auch der der Rechtsordnung immanenten Wertung lücken-

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 299 f; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 197; Merz, AcP 163, 305, 314
2) vgl. oben S. 14 f
3) Mot. II, S. 728; Prot. II, S. 567, 571

haft werden.[1]
Die Frage ist demnach dahingehend zu stellen, ob heute auf Grund gewandelter sozialer Tatsachen und rechtlicher Grundwerte bestimmte Unternehmensbeeinträchtigungen als rechtswidrig (und schuldhaft) anzusehen sind und zum Schadensersatz verpflichten.

Das BGB war schon zur Zeit seiner Entstehung in vielerlei Hinsicht veraltet.[2] Entstanden in einer Zeit des Hochkapitalismus, nach den Gründerjahren, in einer bereits durch die Existenz von Industriegiganten und Großbetrieben geprägten wirtschaftlichen Landschaft, lehnte es sich in vielen wesentlichen Vorschriften in der ihm zugrunde liegenden gesellschaftsstrukturellen Konzeption an die Verhältnisse in den alten Handwerksbetrieben und kleinen Geschäften des Handels an.[3] Die zentrale wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens findet keine Berücksichtigung auch nicht der Umstand, daß das Unternehmen der besonderen rechtlichen Würdigung fähig und bedürftig ist.

Das BGB beruht also letztlich auf einer vorindustriellen Vorstellungswelt, auf der indivi-

---

1) BVerfG NJW 73, 1221, 1225; RGZ 113, 413, 414; RG JW 37, 690; BGHZ 2, 176, 184; 3, 308, 315; 4, 153, 157; 13, 360, 370; 17, 266, 275; 18, 44, 48 f; 29, 163, 166; 35, 363, 366; 39, 124, 130; 50, 325, 327 f; BAGE 2, 147, 154 f, 158; BAG ArbuR 62, 382, 384;
Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 135; Larenz, Methodenlehre, S. 333 f, 358 f; Engisch, Einführung, S. 141 f; Fischer Weiterbildung des Rechts, S. 12; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 11; Michel, JuS 61, 274, 280; Bender, JZ 57, 593, 601; Lehmhöfer, JuS 66, 337; Jaqusch, SJZ 47, 295 f; G. und D. Reinicke, MDR 57, 193; Reinicke, JuS 64, 421, 427; Obermayer, NJW 66, 1885, 1887; vgl. auch oben S.
Die Erwartung der Väter des BGB (Mot. I, 7), der Gesetzgeber werde die von ihm erlassenen Normen mit eventuell wechselnden Lebensverhältnissen wenigstens näherungsweise in Einklang halten, hat sich nicht erfüllt.
2) Isele, AcP 150 (1949), 1, 3, bezeichnet das BGB als "Schlußakkord des 19. nicht als Ouvertüre des 20. Jahrhunderts". Vgl. auch Staudinger-Brändl, BGB, Vorbem. vor § 1 Anm. 20
3) Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 18

dualistisch-liberalen Wirtschaftstheorie des ausgehenden 19. Jahrhunderts.[1] Das spezifische Ethos der bürgerlichen Gesellschaft dieser Zeit war die Freiheit.
Dem Freiheitsethos entsprechen klar abgegrenzte Deliktstatbestände, damit der Raum freiheitlicher Betätigung möglichst groß und klar umrissen ist. Ferner wird damit die Berechenbarkeit der Haftungsrisiken gewährleistet. Dem wirtschaftlichen Liberalismus des industriellen Aufschwungs entsprach ferner das Schuldprinzip am besten, da es den Güterschutz zugunsten der Beweglichkeit und des Handlungsspielraums der wirtschaftlichen Kräfte verengte.[2]

Bei rein rechtlicher Betrachtung hat sich in der Entwicklung des Schadensersatzrechts die Grenzlinie zwischen dem Integritätsschutz der bestehenden Güter und Werte und dem Schutz des Handlungsspielraums, des sozialen Aktivitätsfeldes des einzelnen, verschoben.[3]
Diese Entwicklung ist aber nicht nur als Korrektur der gesetzlichen Wertung zu sehen, sondern stellt vor allem auch eine Reaktion darauf dar, daß sich die faktischen Möglich-

---

1) Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 50 f; Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 10; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 2, S. 1271 f; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 229 IV; Simitis, Verh. 47. DJT, Bd. 1, C 1, 80 f; Mertens, JuS 62, 261, 264; Schultz, NJW 63, 1801, 1802
2) Prot. II 569, 585; zur Bedeutung des Verschuldenserfordernisses für die Erhaltung der Bewegungsfreiheit vgl. auch M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht, S. 28, 55, 63; Wahl, in Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, S. 18; v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 6;
3) Auch im Bereich der vertraglichen Haftung erfolgte eine Verstärkung des Güterschutzes.
Erwähnt seien die Ausweitung der culpa in contrahendo und die Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Diese Konstruktionen und die recht weitgehende Zulassung der Schadensliquidation im Drittinteresse haben zu erheblichen Einbrüchen in das Drittschadensersatzverbot geführt. Vgl. dazu Hermann Lange, Gutachten für 43. DJT, S. 7 f

keiten zur Entfaltung sozialer Aktivität durch die Entwicklung der Technik, des Verkehrs und der publizistischen Kommunikationsmittel, und damit das "Schädigungspotential"[1] erheblich erhöht haben. Hätte die Rechtsprechung die Grenzlinie, so wie sie sich der Gesetzgeber vorgestellt hatte, als rechtliche Konstante behandelt, wäre diese infolge der sozialen Entwicklung ganz erheblich, ja in einem untragbaren Maße, zu Lasten des Integritätsschutzes verückt worden.

Die Rechtsprechung hat die sozialpolitische Ordnungswahl des Gesetzgebers, indem sie diese unter gewandelten Umständen rechtlich veränderte, ihrem sozialpolitischen Gehalt nach durchaus respektiert.

Maßgebliches ethisches Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts war die Freiheit. Ethische Prinzipien und somit auch rechtsethische Prinzipien unterliegen geschichtlichen Wandlungen - andernfalls würde es keinen Fortschritt in ihrer Erkenntnis und somit keine echte Fortentwicklung des Rechts geben.[2] Rechtsethisches Prinzip unserer Zeit ist die Billigkeit.[3] Rechtsethische Prinzipien sind selbst keine Rechtsnormen, die auf einen einzelnen Fall unmittelbar angewandt werden können[4], sondern Ausdrucksformen, Tendenzen des objektiven Geistes, richtungsgebende Maßstäbe, deren innere Überzeugungskraft sie zu gestaltenden Faktoren der Rechtsentwicklung werden läßt. Sie sind "Ideen" nicht lediglich im Sinne eines subjektiven Vorstellungsbildes, sondern objektive, durch sich selbst einleuchtende "Rechtswahrheiten".

---

1) Ausdruck von Oftinger, Festschrift für Friedrich List, S. 120; Esser, SchuldR AT, 2. Aufl., § 107 I; Eike Schmidt, Fahrlässigkeit und Rechtfertigung, S. 56 f; Deutsch, JZ 68, 721, 722; Merz, ZFBernJV 55, 300, 306

2) Larenz, Methodenlehre, S. 318, 394; BGB AT, § 4 I

3) Wieacker, Privarechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., S. 529; Larenz, Methodenlehre, S. 318; Jagusch, SJZ 47, 295, 297

4) Larenz, Methodenlehre, S. 318, 394, 461; BGB AT, § 4 I; Festschrift für Nikisch, S. 275, 300; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 96; Esser, Grundsatz und Norm, S. 137; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 206 FN 9; anders offenbar H. J. Wolff, Festschrift für Jellinek, S. 33, 37

Als solche verdanken sie ihre Geltung nicht erst der Aufnahme in das geschriebene Recht, sondern ihrem unmittelbar einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt, der sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein geltend macht und der dem Gesetzgeber als richtungsweisendes Postulat "richtigen" Rechts vorgegeben ist.[1)]

Als Richtmaß und Leitgedanke sind sie für die Auslegung, für die Ermittlung der Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzes, als Mittel der Ergänzung des positiven Rechts und damit für die schöpferische Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung entscheidend.[2)]

Das Prinzip der Billigkeit ist ein entscheidender Grund für die Erweiterung des Schadensersatzrechts.[3)]
Dem Geschädigten soll dann ein Ausgleich gewährt werden, wenn es unbillig erschiene, ihm keinen Ausgleich für die ihm durch Dritte zugefügten Schäden zu gewähren. Grundsätzlich erfolgt die Schadensverlagerung auf den Schädiger durch gesetzliche Vorschriften. Bei ihrem Fehlen ist eine solche Verlagerung nicht schlechthin ausgeschlossen; denn die gesetzlichen Haftungsnormen sind selbst nur Ausformung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß Schadenszufügung zum Ausgleich verpflichtet.[4)]

---

1) Larenz, BGB AT, S. 50 f; Methodenlehre, S. 318, 394, 460; Festschrift für Nikisch, S. 275, 300 f
2) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 37 f, 93 f; Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 275, 301; Methodenlehre, S. 394 f; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, S. 206 FN 9; Esser, Grundsatz und Norm, S. 252 f; Droste, DB 63, 719; Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl., S. 53; Staudinger-Brändl, BGB, Vorbem. 72 vor § 1; Engisch, Festschrift für Sauer, S. 85, 88; Einführung, S. 137, 152
3) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 529; zum Ausgleich als dem primären Zweck des Schadensersatzrechts vgl. oben S. 9
4) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 157. Nach Reinhardt (JZ 61, 713, 715) geht unser gesamtes Schadensersatzrecht auf eine Generalklausel zurück, wonach vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung zu Ersatz verpflichtet. § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB konkretisieren die Generalklausel, jedoch mit dem Vorbehalt der Entwicklung weiterer ergänzender Normen durch den Richter gemäß den zum Ausdruck kommenden Wertungen. Letztlich entscheiden Zumutbarkeits- und Billigkeitserwägungen.

Der Gedanke der Billigkeit, des Ausgleichs, trägt als rechtsethisches Prinzip bei fehlendem gesetzlichem, aber als notwendig empfundenem Schadensausgleich eine entsprechende Rechtsfortbildung.[1)]

Angesichts der besonderen Werte in einem arbeitenden Unternehmen ist sein Schutz ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung. Die Rechtsprechung trug dem Rechnung, indem sie in der gegenständlichen Verkörperung der Willensbetätigung im stehenden Gewerbebetrieb die "feste Grundlage" für die Annahme eines subjektiven Rechts sah[2)] bzw. den Rechtsschutz mit der Sicherung der "im Geschäftsunternehmen verkörperten Werte" begründete.[3)]
Die Erhaltung bestehender Unternehmenswerte ist auch der Zweck zahlreicher gesetzlicher Regelungen. § 142 HGB und die anderen Bestimmungen, die den Fortbestand einer Handelsgesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters ermöglichen[4)], wollen das Unternehmen mit seiner eingespielten Organisation und seinem good will schützen. Für die entsprechende Anwendung des § 142 HGB auf die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist der Bestandsschutz der tragende Grund.[5)]

Aufgrund der zu engen tatbestandlichen Haftungsvoraussetzungen der §§ 823 ff BGB konnte der Schutz des Unterneh-

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 318; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 529; Buchner, S. 252
2) RGZ 58, 24, 30
3) BGHZ 24, 200
4) vgl. §§ 138, 141, 144 HGB
5) BGHZ 32, 307, 314; BGH NJW 66, 827; vgl. auch BGH BB 61, 7; BB 61, 1027; WPM 64, 419; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 43; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 98; Wagner, JuS 61, 123, 124; Raisch, JuS 67, 533, 538 f, 540; anderer Ansicht Canter, NJW 65, 1553, 1561; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 736 Anm. 1; Staudinger-Keßler, BGB, 11. Aufl., § 736 Anm. 6.
Aus der Entstehungsgeschichte des § 142 HGB ergibt sich, daß der Grundgedanke der Vorschrift auf den Bestandsschutz eines Unternehmens abzielt. Vgl. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts, 1863 - 1865, Bd. IV, S. 2878

mens, wie er in den §§ 138, 141,142 und 144 HGB zum Ausdruck kommt, im deliktsrechtlichen Bereich nicht verwirklicht werden. Dies wurde um so offenkundiger, je mehr seit dem Inkrafttreten des BGB das Unternehmen infolge der Vergrößerung des Schädigungspotentials[1] in erhöhtem Maße verletzbar wurde.[2]

Die Vorstellung des Gesetzgebers, die Schadens- und Unterlassungsansprüche aus dem Eigentums- bzw. dem reinen Besitzrecht würden einen ausreichenden Schutz gewähren, waren verfehlt.[3] Wird das betriebliche Sachmittel nicht zerstört, beschädigt oder entzogen, sondern wird der Unternehmer als Eigentümer bzw. Besitzer in seiner Bewegungsfreiheit beeinträchtigt, so daß er mit der Sache nicht mehr nach Belieben verfahren kann, dann liegt keine Verletzung des Eigentums bzw. Beeinträchtigung des Besitzes vor, da die Beeinträchtigung stets Folge einer Einwirkung auf die Sache bzw. den Besitz selbst sein muß.[4]

Die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB erfordert ein Schutzgesetz.[5] Bei Demonstrationen kommen als Schutzgesetze zugunsten des Unternehmens grundsätzlich nur solche des Strafrechts in Betracht.[6] Hinsichtlich des Verschuldensgrades erfordern sie mindestens Vorsatz.[7]
Eine Ausweitung der Schadensersatzmöglichkeit erfolgte dadurch, daß in § 823 Abs. 2 BGB der Irrtum über Verbotensein und Verbotsumfang nicht mehr befreit, während derselbe Irrtum bei § 823 Abs. 1 BGB den Vorsatz ausschließt. Da bei § 823 Abs. 1 BGB für Fahrlässigkeit aber nur in sehr engem Rahmen, nur bei Verletzung absoluter Rechte gehaftet wird, ist die Sache im Ergebnis so, als ob die Zahl der absoluten Rechte vergrößert worden wäre.[8]

---

1) s. oben S. 194
2) Däubler, JuS 69, 49, 52; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403; Buchner, S. 11
3) Fikentscher, Festschrift für Kronstein, S. 261, 290 f; Katzenberger, Recht am Unternehmen, S. 31; Völp, WuW 56, 31, 36 f
4) s. oben S. 80 f
5) Der Gesetzgeber kann aber nicht immer mit der fortlaufenden und sich schnell wandelnden Entwicklung Schritt halten.
6) s. oben S. 31 ff
7) Baumann, AcP 155, 495, 496
8) vgl. Baumann, AcP 155, 495, 511

Hauptsächlich verletztes Schutzgesetz zugunsten eines Unternehmers bei Demonstrationen ist Nötigung gemäß § 240 StGB. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB gewährt nur einen Schadensersatzanspruch zugunsten einer natürlichen Person, nicht aber zugunsten einer juristischen Person, da sie als solche nicht genötigt werden kann.[1] Wenn aber unsere Rechtsordnung es einzelnen (natürlichen) Personen gestattet, sich für ihre wirtschaftliche Betätigung der Rechtsform der juristischen Person zu bedienen, so muß sie derselben auch im Rahmen der von ihr zugelassenen Betätigung dieselben Rechte zuerkennen wie einer natürlichen Person, insbesondere muß sie bei einer Behinderung der gewerblichen Betätigung die gleichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gewähren. Ist ein solcher Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB aus dogmatischen Gründen nicht möglich, so muß er im Wege der ergänzenden Rechtsfortbildung zuerkannt werden.
Bei der Behandlung der strafrechtlichen Schutzgesetze hatte sich weiterhin gezeigt, daß es Arten von Demonstrationsaktionen gibt, die zwar rechtswidrig sind, aber noch unterhalb der Strafbarkeitsgrenze liegen, sog. schlicht rechtswidrige Handlungen.[2] Durch derartige Handlungen können dem Unternehmen enorme, ja sogar existenzgefährdende Schäden zugefügt werden. Es wäre unbillig, insbesondere in Anbetracht der Rechtswidrigkeit derartiger Demonstrationshandlungen, dem Unternehmer für solche Schäden keinen Ausgleichsanspruch zu gewähren.

Eine Wertung von Demonstrationsaktionen allein nach § 826 BGB wäre in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend.
Der Begriff der Sittenwidrigkeit ist nicht geeignet, Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Unternehmensbeeinträchtigungen zu geben. Die Rechtsverletzungen wiegen nicht alle gleich schwer, es gibt leichtere und schwerere. Der Vorwurf des Sittenverstoßes ist ein völlig unqualifizierter, er umfaßt nicht

---

1) s. oben S.47
2) s. oben S.44

nur leichte; sondern auch schwerste und verabscheuungswürdige Rechtsverletzungen. Der Nachteil einer Anwendung des § 826 BGB liegt darin, daß mit der Beurteilung einer Handlung als sittenwidrig notwendig ein sittlicher Vorwurf verbunden ist, der durchaus nicht in allen Fällen gerechtfertigt ist.[1] Der Vorwurf, sittenwidrig gehandelt zu haben, wird von den in solcher Weise charakterisierten Personen häufig als ungerechtfertigt und diffamierend empfunden. Um eine Bereinigung der Atmosphäre und die sachliche und friedliche Austragung politischer Meinungsverschiedenheiten nicht zusätzlich zu erschweren, sollte deshalb § 826 BGB nur da angewandt werden, wo an der Berechtigung des Vorwurfs der Sittenwidrigkeit einer Demonstrationsaktion kein Zweifel bestehen kann[2], zumal es sich bei dem Demonstrationsrecht um ein Gebiet handelt, dessen Wertzusammenhänge noch nicht völlig zu einer Abklärung gelangt sind.

§ 826 BGB kann daher schon wegen des Merkmals der Sittenwidrigkeit nicht von maßgeblicher Bedeutung für die Gewährung von Schadensersatzansprüchen bei Unternehmensbeeinträchtigungen sein. Mit dem Recht am Gewerbebetrieb gelangt man bei der Frage, nach welcher Anspruchsgrundlage die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Demonstrationsaktion zu beurteilen ist, zu der Funktion einer Demonstration im demokratischen Staat gerecht werdenden, begrifflich schärferen und Diffamierungen vermeidenden Ergebnissen.[3]

---

1) Weitnauer, DB 70, 1687, 1688; Katzenberger, Recht am Unternehmen, S. 39; L. Raiser (zitiert nach Simitis, AcP 172, 235, 237) ist der Ansicht, daß ein Bedürfnis für das Recht am Gewerbebetrieb in seinem heutigen Umfange nicht bestehe. Er fragt jedoch, ob das Recht am Gewerbebetrieb in überzeugender Weise durch § 826 BGB ersetzt werden könne. § 826 BGB habe einen moralisierenden Ton, der die Neutralisierung des Begriffs der guten Sitten fraglich erscheinen lasse.

2) So mit Recht Nikisch (Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 118, 139), der § 826 BGB nur anwenden will, wenn die Sittenwidrigkeit offen zutage tritt, und das Recht am Gewerbebetrieb für solche Unternehmensbeeinträchtigungen heranziehen will, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht verdienen. Auch das RG (RGZ 150, 1, 5) verlangt besondere Vorsicht bei der Charakterisierung eines Verhaltens als sittenwidrig. Vgl. auch Gieseke, GRUR 50, 298, 308

3) Hubmann, ZHR 117, 41, 75; Helle, NJW 64, 1497; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 71; Födisch, RdA 55, 90

Ferner muß bei § 826 BGB der Vorsatz die gesamten Schadensfolgen umfassen.[1] Führen die Demonstrationsaktionen zu enormen Schäden, ohne daß diese Schadensfolge von vornherein voraussehbar gewesen wäre, so wäre eine Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB ausgeschlossen, da sie in diesem Falle vom Vorsatz nicht umfaßt wäre.
Trotzdem gebietet das Rechtsempfinden, daß in solchen Fällen eine Schadensersatzpflicht der Demonstranten gerecht und billig ist. Ansprüche können im Wege der Ergänzung des § 823 Abs. 1 BGB sachgemäßer gewährt werden, da sich bei § 823 Abs. 1 BGB der Vorsatz nur auf die Verletzung der betroffenen Rechtsposition beziehen muß.[2]
Nach § 826 BGB zieht nur die vorsätzliche, nach § 823 Abs. 1 BGB aber auch die fahrlässige Schädigung Ersatzansprüche nach sich. Das ist für den Rechtsirrtum wichtig.[3] Es ist nicht einzusehen und würde zu sehr bedenklichen, vom Gesetzgeber nicht gewollten Folgen führen, wenn die fahrlässige rechtswidrige Demonstrationsaktion zivilrechtlich ohne Sanktion bliebe. Das gilt besonders in den Fällen des Rechtsirrtums.

Die Interessen des Unternehmers werden durch die gesetzlichen Vorschriften nicht ausreichend geschützt. Insbesondere ist die Regelung des Deliktsrechts hinsichtlich fahrlässiger Verletzungen wirtschaftlicher Interessen unbefriedigend.[4]

---

1) s. oben S. 72
2) vgl. E I § 704 Abs. 2: "Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines anderen verletzt, so ist er den durch die Verletzung dem anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht voraussehbar war". s. auch RGZ 142, 116, 122; BGH NJW 51, 596, 597; Deutsch, NJW 66, 705, 707; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 948 f; Schramm, GRUR 73, 75, 77
3) Ramm, ArbuR 64, 129, 132; Weitnauer, DB 70, 1687, 1688; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8 A I (S. 117); Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 993
4) von Caemmerer, Festschrift für F. von Hippel, S. 27, 28; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 993; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 8 A I (S. 117)

Die Erweiterung des Schutzes des Gewerbebetriebs im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung hat daher ihren Ausgangspunkt und tragenden Grund im Billigkeitsprinzip.[1] Sie dient dem Anliegen, dem Unternehmer dann Ausgleich zu gewähren, wenn es unangemessen erschiene, ihn auf den Nachteilen gewerbeschädigender Handlungsweisen Dritter sitzen zu lassen.[2]
Diese Rechtsfortbildung dient nicht nur den Belangen des Schutz begehrenden Unternehmers, sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung volkswirtschaftlicher Werte einerseits und der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit andererseits.[3]

Die Regelung der §§ 823 ff BGB ist hinsichtlich des Unternehmensschutzes lückenhaft. Damit ergibt sich gleichzeitig die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung,[4] denn die richterliche Ergänzung eines als mangelhaft empfundenen Rechtsschutzes darf nicht unter Hinweis auf die bestehende Gesetzeslage verweigert werden.[5]

---

1) Von Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 90. Noch deutlicher als beim Recht am Gewerbebetrieb tritt beim Persönlichkeitsrecht zutage, daß es nur Rechtsprinzip, die Rechtsfindung bestimmende Wertvorstellung sein kann, die zur Zubilligung von Ansprüchen durch den Richter auch in gesetzlich nicht vorgesehenen Fällen führt. Mit dieser Maßgabe hält es auch Larenz (SchuldR BT, 9. Aufl., S. 414) als methodisch haltbar.
2) Der Schutzgegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb und das diese Rechtsfortbildung bestimmende Prinzip müssen für die Bestimmung des Schutzumfangs maßgebend sein, und die Abgrenzungskriterien sich daraus ableiten.
3) Kraft, Interessenabwägung, S. 170; Müller-Erzbach, JZ 52, 193; Buchner, S. 11; Tetzner, UWG, 2. Aufl., § 1 Anm. 149
4) RGZ 132, 311, 316; BGHZ 3, 270, 279; BGH NJW 62, 1103, 1104; 74, 315, 316; von Caemmerer, aaO.; Esser, SchuldR BT, 3. Aufl., S. 405 f; Fikentscher, Schuldrecht, 2. Aufl., § 103 II 1; Festschrift für Kronstein, S. 261, 290 f; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403, 411; Katzenberger, Recht am Gewerbebetrieb, S. 31; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 17; Palandt-Thomas, BGB, 32. Aufl., § 823 Anm. 6 g m; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 72; Neumann-Duesberg, NJW 56, 349, 916; Deutsch, JZ 68, 721, 723; Nipperdey, NJW 67, 1985, 1987; Däubler, JuS 69, 49, 52; Seydel, NJW 57, 495; Merten, AfP 73, 354; Schippel, GRUR 59, 284; einschränkend: Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, VersR 1961 Beiheft, S. 3, 11; Ludwig Raiser (zitiert nach Simitis, AcP 172, 235, 237); Bötticher, BB 57, 621, 623; hinsichtlich der ablehnenden Stimmen s. oben S. FN
5) Neumann-Duesberg, NJW 56, 916; Coing, JZ 58, 558

Von der Lückenhaftigkeit des Deliktsrechts hinsichtlich der gewerblichen Interessen und damit von der Notwendigkeit der Rechtsfortbildung geht auch der Gesetzgeber in seinem Referentenentwurf von 1967 aus.[1)]
Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist zwar nicht ausdrücklich in den Tatbestand des § 823 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgenommen worden, ohne daß aber Zweifel am deliktischen Schutz geäußert werden sollten. Das geht klar aus der Bemerkung in der Begründung zum Referentenentwurf hervor, daß der neugefaßte und erweiterte § 824 BGB als "lex specialis" gegenüber dem allgemeinen Schutz des Gewerbebetriebs in § 823 BGB aufzufassen sei.[2)]

Der Einwand, die Erweiterung des Deliktsschutzes zugunsten des Unternehmens bedeute eine ungerechtfertigte Bevorzugung gewerblicher Interessen gegenüber den Interessen an freier Meinungsäußerung, an politischer Betätigung oder an der Verfolgung ethischer Ziele[3)], kann nicht gegen die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung geltend gemacht werden. Diese entgegenstehenden Anliegen müssen bei der Abgrenzung der schadensersatzpflichtigen Beeinträchtigungen berücksichtigt werden.[4)] Hierbei ist davon auszugehen, daß "ideelle Anliegen nicht etwa als grundsätzlich vorrangig vor kommerziellen Belangen anzusehen sind. Der Schutz wirtschaftlicher Interessen ist ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung. Es gilt lediglich, entgegenstehende Belange ausreichend zu berücksichtigen".[5)]
Es handelt sich um ein Problem der interessengemäßen Abgrenzung, nicht um eine Frage der Notwendigkeit des Schutzes gewerblicher Interessen.

---

1) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz 1967
2) Referentenentwurf, Begründung, S. 66
3) vgl. etwa Wiethölter, KritJ 70, 121 f; Zeidler, DRiZ 72, 221, 225
4) zur Abgrenzung s. unten S. 221 f
5) OLG Frankfurt, NJW 69, 2095, 2096

b) Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz

Die Rechtsprechung beschränkt den deliktischen Schutz auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[1] Geschützt wird nicht die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden, sondern nur der Wille, der im Gewerbebetrieb bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat.[2] Es müssen die im Geschäftsunternehmen verkörperten Werte gefährdet sein.[3] Gegen diese Beschränkung des deliktischen Schutzes auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird eingewandt, sie sei im Hinblick auf das bei der legislativen wie judikativen Rechtsfortbildung zu beachtende Gleichheitsgebot verfassungsrechtlich kaum haltbar.[4] Der Schutz sei auf den potentiellen Unternehmer, den freiberuflich Tätigen[5] und auf den Arbeitnehmer[6] auszudehnen.

aa) potentieller Unternehmer

Werden Ansprüche wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb nur dem Inhaber eines "eingerichteten und ausgeübten" Gewerbebetriebs zuerkannt und nicht schon dem "potentiellen" Unternehmer, so liegt dies an der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit. Beeinträchtigungen, die beim eingerichteten Gewerbebetrieb Ansprüche begründen, sind grundsätzlich gegenüber einem erst zu errichtenden Unternehmen gar nicht möglich - z.B. tatsächliche Behinderung an der Warenauslieferung.
Wenn die Rechtsprechung auf den "eingerichteten" Gewerbebetrieb abstellt, so beruht dies darauf, daß die Organisationswerte als das Schützenswerte angesehen werden. Solcher Schutz kann nur bestehenden Unternehmen zu kommen, weil nur sie die als schutzwürdig erachtete Position innehaben.
Außerdem ist die Freiheit, gewerblich tätig zu werden, rechtlich zunächst nichts anderes als eine geschützte Chance. Sie hat - solange sie nicht mit Erfolg realisiert ist - keinen in Geld ausdrückbaren Vermögenswert. Wird in sie eingegriffen,

---

1) s. oben S.174
2) RGZ 58, 24, 29; vgl. auch RG JW 1909, 493, 494; RGZ 109, 50, 52
3) BGHZ 24, 200, 206; vgl. auch BGHZ 14, 294, 304
4) vgl. Nipperdey, NJW 67, 1985, 1987 FN 15; Deutsch, JZ 63, 385, 388; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 942
5) so schon R. Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 19; vgl. auch Fikentscher, Festschrift für Kronstein, S. 261, 282; Säcker, ZRP 69, 60, 62; E. Wolf, Festschrift für F. v. Hippel, S. 665, 682 f; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 11; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49,90
6) Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 179

so kann dies zwar einen Unterlassungsanspruch, aber keinen Schadensersatzanspruch auslösen. Für eine nicht verwirklichte Chance hat unser Schadensersatzrecht keinen Raum - jedenfalls nicht zugunsten derjenigen, die an ihrer Verwirklichung von vornherein gehindert werden.
Läßt sich die Chance, gewerblich tätig zu werden, jedoch einem Vermögensobjekt in der Weise zuordnen, daß sie als Teil desselben angesehen werden kann, so ändert sich die Rechtslage: Der Eingriff in die Chance wird zu einem vermögensrechtlich faßbaren Vorgang. Das Interesse an der Chance ist, unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten, besonders legitimiert. Diese Legitimation beruht auf der Tatsache, daß man die Chance dem Vermögensobjekt zurechnet und damit selbst zu einem entschädigungsfähigen Vermögenswert macht.

Die die Rechtsfortbildung zum Unternehmensschutz tragenden Gesichtspunkte können für einen Schutz des potentiellen Unternehmers nicht herangezogen werden, da deren maßgeblicher Gedanke, der Schutz des Unternehmens als Organisation in seiner wirtschaftlichen Betätigung, beim potentiellen Unternehmer nicht relevant werden kann.
Unter Verweisung auf das Recht am Gewerbebetrieb kann daher nicht schon der deliktsrechtliche Schutz des potentiellen Unternehmers gefordert werden. Verfehlt ist es daher, von einer Privilegierung des etablierten Unternehmens zu sprechen.[1)]

bb) freiberuflich Tätige

Nach der Rechtsprechung genießen die "freien Berufe" nicht den Schutz durch das Recht am Gewerbebetrieb.
Das Recht am Gewerbebetrieb schützt neben der Tätigkeit im Unternehmen auch den Ruf.[3)] Beide sind nicht nur Elemente

---

1) Wiethölter, KritJ 70, 120, 124, 126; Steindorff, Summum ius, S. 58, 60; Kübler, AcP 172, 177, 190
2) vgl. etwa RG JW 37, 921; 37, 923; RGZ 155, 234, 236
3) BGH LM Nr. 3 zu § 14 UWG; BGH NJW 61, 1918; 68, 1419; BGH GRUR 65, 342; 66, 386; BGH DB 70, 822; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 3, 12

des gewerblichen Unternehmens, sondern auch Ausstrahlungen der Persönlichkeit desjenigen, der einen freien Beruf ausübt.[1] Für ihn sind diese Güter und Interessen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu schützen. Hinsichtlich des Schutzes des Rufs und der Ehre ist dies anerkannt[2], es muß aber auch für die wirtschaftliche Betätigung gelten.[3] Im Waffenhandel-Urteil scheint diese Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Anerkennung zu finden, wenn dort vom Persönlichkeitsschutz der gewerblichen Betätigung gesprochen wird.[4]

Damit ist dann der freiberuflich Tätige durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in gleicher Weise geschützt wie der gewerbliche Unternehmer durch das Recht am Gewerbebetrieb.

---

1) Callmann, NJW 56, 1909, 1910 f

2) zum Schutze der Ehre vgl. BGHZ 30, 7, 10; 31, 308, 311; 35, 363, 365; 39, 124, 127; BGH GRUR 62, 324; 65, 551

3) so schon v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 714; Kohler, Der unlautere Wettbewerb, S. 17. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgem. Anm. 115; Puttfarken, GRUR 62, 500, 503 f; Leßmann, AcP 172, 266, 275 wollen neben dem Recht am Gewerbebetrieb "ergänzend und lückenausfüllend das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung" treten lassen. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 199 bejaht für Künstler und Schriftsteller "im Rahmen des Rechts auf Entfaltung der Persönlichkeit ... ein Recht auf Freiheit des Schaffens, ein Recht auf Betätigung des Geistes". In einer Reihe von Fällen hat auch der BGH durch Anwendung der §§ 1 UWG, 826 BGB geholfen. So hat er die Leistung der ausübenden Künstler aufgrund eines weitgefaßten Sittenbegriffs und eines mittelbaren Wettbewerbsverhältnisses gegen Rundfunksendungen und öffentliche Wiedergabe (BGHZ 33, 20, 28; 33, 38, 46), die Leistung der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt gegen den unlauteren Wettbewerb durch gewerbsmäßige Wiedergabe in Lichtspieltheatern in Schutz genommen (BGHZ 37, 1,13). Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, AT, § 101 IV; Helle, NJW 64, 1497; Becher, NJW 51, 540; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 430; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 234 f; Hefermehl, WuW 53, 234, 235; Lingenberg, NJW 54, 449, 453; Neumann-Duesberg, NJW 57, 1341, 1344; gegen die Anerkennung eines solchen Schutzes: BGB RGRK-Haager, § 823 Anm. 14; Schumann, Handelsrecht, Bd. 1, S. 57

4) BGHZ 36, 77, 80; vgl. auch OLG Stuttgart, BB 63, 831; LAG Berlin, Urt. vom 24. 9. 58 - 1 Sa 29/58 (nicht veröffentlicht)

Eine unterschiedliche Rechtsgrundlage für die freien Berufe und für die gewerblichen Unternehmer rechtfertigt sich aus den Unterschieden, die zwischen ihnen bestehen.

Die Bestandteile des gewerblichen Unternehmens, sein Ruf, ja selbst die Unternehmenstätigkeit sind mehr Attribute eines von der Unternehmenspersönlichkeit gelösten, selbständigen Wirtschaftssubjekts als Ausstrahlungen der oft anonymen Person des Unternehmers.
Anders ist es bei den freien Berufen, auch wenn mit dem Beruf eine Praxis verbunden ist. Zwar dringt in der neueren Rechtsprechung[1], die den Verkauf einer Praxis grundsätzlich zuläßt und nur ausnahmsweise für sittenwidrig hält, die Erkenntnis durch, daß in der Praxis ein selbständiger Vermögenswert steckt, doch stehen bei ihr die ideellen Ziele im Vordergrund, auch beruht ihr Wert weitgehend auf dem Vertrauen der Mandanten und Klienten, das der Person des Inhabers entgegengebracht wird. Wirtschaftliche Betätigung und Ruf sind in engster Weise mit der Persönlichkeit des freiberuflich Tätigen verbunden. Dies rechtfertigt es, sie als Persönlichkeitsgut anzusehen und sie dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen.

Dieser Unterschied zeigt sich auch darin, daß grundsätzlich nur gewerbliche Unternehmen die handelsrechtlichen Gesellschaftsformen, insbesondere die Formen der anonymen Kapitalgesellschaften benutzen können.

cc) Arbeitnehmer

Der Schutz der freien Arbeitskraft war Gegenstand lediglich einer Entscheidung des RG.[2] Der Rechtsschutz wurde verweigert und auf den bestehenden Gewerbebetrieb beschränkt.

Nach Nipperdey[3] soll das Recht am Arbeitsplatz ein absolutes subjektives Recht im Sinne des § 823

---

1) BGH NJW 55, 337; 65, 580; BB 58, 496; Krüger-Nieland, in BGB RGRK, § 138 Anm. 77; Müller, NJW 57, 1270
2) RGZ 51, 369
3) Festschrift für Sitzler, S. 79, 92 f; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 995; vgl. auch Hedemann, RdA 53, 121 f; Herschel, RdA 60, 121 f; Fabricius, AcP 160, 273, 305; Bulla, RdA 62, 6, 9;

Abs. 1 BGB sein, dessen widerrechtliche und schuldhafte Verletzung zum Schadensersatz verpflichte. Das ergebe sich einmal aus dem Kündigungsschutz, der in seinem Geltungsbereich nur eine sozial gerechtfertigte Kündigung als wirksam anerkennt, außerdem aber auch aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, der nicht auf die gewerbliche Tätigkeit des Unternehmers beschränkt werden dürfe, sondern auf die Betätigung des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz erstreckt werden müsse.

Ein solches Recht läßt sich aus dem Kündigungsrecht nicht ableiten. Denn die Rechtsfolge einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung ist im Kündigungsschutz abschließend geregelt,[1] sie besteht in der Unwirksamkeit der Kündigung, die rückwirkend entfällt, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig klagt[2], und sie tritt ganz ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Arbeitgebers ein. Von einem Schadensersatzanspruch, den eine schuldhafte Verletzung des "Rechts am Arbeitsplatz" auslösen würde, ist nicht die Rede.

Säcker[3] geht davon aus, daß sich das Recht am Arbeitsplatz und dessen Schutz aus § 823 Abs. 1 BGB methodisch sauber nur als Akt schöpferischer Rechtsfortbildung rechtfertigen läßt. Solche hält er unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes für geboten, da eine Beschränkung des Schutzes auf den Gewerbebetrieb willkürlich wäre.

Die neuere Rechtsprechung hat bisher noch nicht ein Recht auf den Arbeitsplatz bejaht. Eine Wende bedeutet vielleicht die Entscheidung des BAG vom 30. 9. 1970[4], nach der "einiges dafür spricht", daß ein Recht auf den Arbeitsplatz durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt werde. Das BAG ging aber nicht näher auf diese Frage ein.

---

1) BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG
2) § 7 KSchG
3) ArbuR 65, 353, 361 FN 69; ähnlich auch von Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 90
4) DB 71, 102

Bejaht man eine Notwendigkeit der Rechtsfortbildung in dieser Hinsicht[1], so können die die Rechtsfortbildung zum Unternehmensschutz tragenden Gesichtspunkte nicht herangezogen werden, da deren maßgeblicher Gedanke hier nicht relevant werden kann.
Unter Verweisung auf den Unternehmensschutz kann daher nicht schon der deliktsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes gefordert werden.

Der Einwand, die Beschränkung des deliktischen Schutzes auf den "eingerichteten und ausgeübten" Gewerbebetrieb verstoße gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot, ist nicht haltbar, da der Schutzgegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb sich wesentlich von dem unterscheidet, was beim potentiellen Unternehmer und beim "Recht am Arbeitsplatz" als schutzwürdig erscheint.
Von einer Bejahung der Notwendigkeit eines erweiterten Unternehmensschutzes kann daher nicht ohne weiteres auf die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung hinsichtlich des Schutzes des potentiellen Unternehmers und des Arbeitnehmers geschlossen werden. Die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung kann jeweils nur für einen ganz konkreten Tatbestand bejaht werden. Hat die Rechtsprechung in anderen Bereichen bisher noch keinen erweiterten Schutz gewährt, so kann dies die Notwendigkeit eines erweiterten Unternehmensschutzes nicht in Frage stellen.

---

1) ein "Recht am Arbeitsplatz" lehnen ab: Blohm, RdA 55, 304; Bötticher, Festschrift für Nikisch, S. 10; Hueck, Festschrift für Hedemann, S. 137 f; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., S. 127 f; Reuß, AcP 156, 89, 102; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., S. 89

5. Abgrenzungskriterien zur Einschränkung des Schutzbereichs

Der Ausschluß von Ersatz- und Unterlassungsansprüchen kann bei bestimmten als rechtswidrig (und schuldhaft) anzusehenden Unternehmensbeeinträchtigungen nicht aufrechterhalten werden. Die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung hinsichtlich eines über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Unternehmensschutzes ist zu bejahen.
Die praeterlegale Rechtsfortbildung darf jedoch weder zu einem schrankenlosen Schutz aller mit einem Unternehmen wirtschaftlich verbundenen Güter und Interessen noch zu einer grundlegenden Änderung der Systematik des Deliktsrechts führen. Es gilt daher Abgrenzungskriterien herauszubilden,
um die Handlungen, die sich gegen den Schutzgegenstand, Betätigung im bestehenden Gewerbebetrieb, richten und somit den eigentlichen Schutzbereich des "Rechts am Gewerbebetrieb" berühren, zu erfassen (Grundsatz der Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit des Eingriffs),
um den Voraussetzungen der Rechtsfortbildung zu genügen; denn eine Notwendigkeit der Rechtsfortbildung besteht nicht hinsichtlich solcher Unternehmensbeeinträchtigungen, die bereits von der gesetzlichen Regelung erfaßt werden (Grundsatz der Subsidiarität) und
um dem antinomischen Spannungsverhältnis zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und deliktischer Schadensersatzpflicht gerecht zu werden, um nicht haftungswürdige Beeinträchtigungen der gewerblichen Tätigkeit von Rechtsfolgen frei zu halten (Grundsatz der Interessenabwägung).

a) Grundsatz der Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit

Die Rechtsprechung hat sich bemüht, eine Eingrenzung des deliktischen Unternehmensschutzes mit dem Kriterium der "Unmittelbarkeit" bzw. "Betriebsbezogenheit" zu erreichen. Danach muß die Beeinträchtigung durch einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs erfolgt sein.[1] Den Begriff des "unmittelbaren Eingriffs" definierte der BGH dahin, daß er betriebsbezogen sein müsse und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen dürfe.[2]

Der BGH stellt mit dieser Definition klar, daß die Frage der Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb nicht aus der Kausalitätslehre zu beantworten ist. Wie es im Schadensersatzrecht grundsätzlich keine Rolle spielt, ob die Verletzung direkt oder über eine Ursachenkette hervorgerufen wird[3], so kommt es auch hier nicht darauf an, ob die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs erst über Zwischenursachen herbeigeführt worden ist.[4] Die Unmittelbarkeit des Eingriffs wurde verneint, obwohl keine Zwischenursachen vorlagen[5], umgekehrt wurde trotz vorhandener Zwischenursachen die Unmittelbarkeit nicht in jedem Fall ausgeschlossen.[6]

---

1) BGHZ 3, 270, 279; 8, 387, 394; 15, 338, 349; 24, 200, 205; 29, 65, 70; 41, 123, 127; BGH NJW 66, 1618; 68, 1279; 70, 378, 381; BAG NJW 64, 887
2) BGH NJW 59, 479, 481
3) RGZ 157, 11, 13; BGHZ 41, 123, 125; BGH VersR 61, 272; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Vorbem. 5 d aa vor § 249; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., Einf. 6 vor § 823; Glückert, AcP 166, 311, 314; Eike von Hippel, NJW 65, 1890
4) Das Merkmal der Unmittelbarkeit wurde in einigen Entscheidungen allerdings kausal verstanden. Vgl. RGZ 163, 21, 32; BGH NJW 64, 929; OLG München NJW 56, 1719, 1720; OLG Hamburg NJW 56, 716;
dagegen: BGH NJW 59, 479, 481; vgl. auch Gieseke, GRUR 50, 298, 307; Glückert, AcP 166, 311, 321; Larenz, NJW 56, 1719; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 118; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 217
5) vgl. BGHZ 29, 65, 70
6) vgl. BGHZ 3, 270

Die Eingrenzung des richterlichen Unternehmensschutzes kann nur unter Berücksichtigung des die Rechtsfortbildung tragenden Grundgedankens, dem Billigkeitsprinzip, erfolgen. Von da aus läßt sich nicht begründen, warum bei einer mittelbaren Verursachung der Beeinträchtigung entgegen allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts der Rechtsschutz nicht gewährt werden soll, zumal die meisten Beeinträchtigungen des gewerblichen Tätigkeitskreises erst über Zwischenursachen effektiv werden.[1)]

Aus der Definition des BGH ergibt sich ferner, daß das Kriterium der Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb nichts mit dem schadensrechtlichen Grundsatz zu tun hat, daß nur der unmittelbar Geschädigte, d.h. der in seinen rechtlich geschützten Gütern selbst Verletzte, Ausgleich verlangen kann.[2)]
Ein bei Produktionsunterbrechung auf das Recht am Gewerbebetrieb gestützter Ersatzanspruch des Stromabnehmers kann nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil es sich hierbei - im Gegensatz zum Anspruch des Leitungseigentümers - um den Anspruch eines lediglich mittelbar Geschädigten handele.[3)]
Bejaht man die Notwendigkeit der Erweiterung der gesetzlichen Haftungstatbestände hinsichtlich eines Unternehmensschutzes, so kann dagegen nicht eingewandt werden, es würde entgegen den Grundprinzipien des Haftungsrechts ein Ersatz mittelbar Geschädigter gewährt. Wird das Recht am Gewerbebetrieb verletzt, so ist der Inhaber des Unternehmens unmittelbar Geschädigter. und nicht mittelbar Drittgeschädigter; denn wenn er sich auf die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb beruft, macht er geltend, selbst an einem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Recht verletzt zu sein, und ist damit grundsätzlich ersatzberechtigt.[4)]

---

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 118
2) vgl. oben S. 15 ff
3) so aber BGHZ 41, 123, 127; LG Aschaffenburg, VersR 64, 759; v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd, II, S. 49, 64, 68, 88; Hauss, LM Nr. 16 zu § 823 (Ai) BGB; Lehmann, NJW 56, 670; Wussow, BauR 72, 270, 274
4) BGHZ 7, 30, 35; Glückert, AcP 166, 311, 319

Larenz[1] hat die Lösung mit einer teleologischen Deutung des Begriffs des unmittelbaren Eingriffs erwogen, derart, daß jeder Eingriff unmittelbar sein soll, der eine Einschränkung oder Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs entweder zum Zweck hatte oder zumindest objektiv ein generell, nicht unter ganz besonderen Umständen taugliches Mittel zu diesem Zweck war.
Gegen diesen Lösungsvorschlag spricht, daß die Abgrenzung des Schutzbereichs vom Eingriffsakt her vorgenommen wird,[2] ferner subjektive Momente dazu herangezogen werden. Die subjektive Seite kann nicht das objektive Moment der Unmittelbarkeit und damit letzten Endes den Bereich des Schutzobjekts ausmachen.[3] Schon in den Materialien zum BGB wird ausdrücklich betont, daß es nicht auf die Vorhersehbarkeit des Schadens im Falle des § 823 Abs. 1 BGB ankommt.[4]
Außerdem kann die Auffassung von Larenz für die fahrlässige Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb keine brauchbare Erklärung und Abgrenzung geben - gerade für solche Fälle soll aber der Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB eingreifen.[5]

Der BGH verneint es, nach dem Vorschlag von Larenz die Zweckmäßigkeit des Eingriffs als maßgeblich anzusehen. Er fordert vielmehr, daß der Eingriff "betriebsbezogen"

---

1) NJW 56, 1719 f; SchuldR BT, 10. Aufl., § 72 III b; vgl. auch OLG Celle WuW OLG 366; Lehmann, NJW 59, 670 (beschränkt die Zielbezogenheit auf vorsätzliches Handeln); OLG Hamm NJW 73, 760, 761
2) Säcker, ArbuR 65, 353, 361; Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten, S. 167
3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 118; Fabricius, JuS 61, 151, 153; Neumann-Duesberg, NJW 68, 1990, 1991; Glückert, AcP 166, 311, 321; Reuß, AcP 156, 89, 103
4) E I § 704 Abs. 2, vgl. oben S. 70
5) Löwisch, Der Deliktsschutz, S. 124

sein müsse und nicht ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen dürfe.[1)]

Stellt man auf die "Betriebsbezogenheit" des Eingriffs ab, so ist es zumindest überflüssig, zusätzlich dafür noch den vieldeutigen Begriff der "Unmittelbarkeit" zu verwenden.

Bei gewaltsamer Hinderung von Arbeitnehmern, Kunden, Lieferanten usw. am Zugang zum Unternehmen ist eine Betriebsbezogenheit der Beeinträchtigung gewerblicher Interessen zu bejahen.[2)]

Aus den späteren Entscheidungen des BGH[3)] ergibt sich jedoch, daß das Merkmal der Betriebsbezogenheit nicht geeignet ist, eine sachgerechte Grenzlinie zu ziehen, da der Begriff keine festen Kriterien dafür bietet.[4)]

Mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit lehnten die Gerichte in den Fällen, in denen sie eine Schadensersatzpflicht für nicht gerechtfertigt hielten, jeweils einen Anspruch ab. Dies kommt in der Formulierung des BGH zum Ausdruck: "Im übrigen sind der Umfang und die Grenzen, innerhalb derer das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu schützen ist, gerade durch eine sachgemäße Ausfüllung des Begriffs der Unmittelbarkeit des Eingriffs zu ermitteln."[5)]

Das Kriterium der Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb kann allenfalls eine grobe Richtschnur sein, die eine erste Orientierung ermöglicht, die aber nur dann richtig angewandt werden kann, wenn man sich den Zweck des Rechts am Gewerbebetrieb vergegenwärtigt.

---

1) BGHZ 29, 65, 74; 41, 123, 127
2) BGH NJW 69, 1207, 1208; 72, 1366, 1367; 72, 1571, 1572; Merten, AfP 73, 354; Heckelmann, ArbuR 70, 166, 172; Schneider, JR 72, 465, 466
3) vgl. BGH LM Nr. 4 zu § 823 (Da) BGB; LM Nr. 10 zu § 824 BGB; LM Nr. 5 zu § 824 BGB; BGH NJW 65, 36
4) die Unzulänglichkeit dieses Abgrenzungskriteriums bejahen: OLG Hamm NJW 73, 760, 761; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 994 FN 22a; Lingenberg, NJW 54, 447, 453; Säcker, ArbuR 65, 353, 361; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 119; Traub, NJW 64, 2237, 2238 FN 14
5) BGH NJW 59, 479, 481

Eine "Ablösbarkeit" der Rechte bzw. Rechtsgüter vom Gewerbebetrieb bejahte der BGH bei der Verletzung eines Angestellten[1], bei der Beschädigung von Betriebsfahrzeugen[2] und der Unterbrechung der zum Unternehmen führenden Stromleitung.[3]

Bei Verletzung ablösbarer Rechtsgüter bestehen grundsätzlich keine Ansprüche wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb, und zwar deshalb, weil entweder die gewerbliche Betätigung gar nicht beeinträchtigt wird oder weil ein Schadensersatzanspruch bereits aufgrund gesetzlicher Vorschriften besteht.[4] Wird aber der Gewerbebetrieb gestört und besteht keine anderweitige Ersatzmöglichkeit, so ist nicht verständlich, warum eine Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit dann nicht schutzwürdig sein soll, wenn sie aufgrund eines Eingriffs in ein "ablösbares Recht oder Rechtsgut" erfolgt.

Schutzgegenstand des Rechts am Gewerbebetrieb ist der Schutz des Unternehmens in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit, in seinem Funktionieren, vor widerrechtlichen Eingriffen. Es ist daher darauf abzustellen, ob durch den Eingriff in die Rechtsgüter das Unternehmen als Gesamtorganismus gestört, das "Functionnement" angegriffen ist.[5] Das ist abzulehnen, wenn die Einzelwerte "auswechselbar"[6], "leicht ersetzbar"[7] sind.[8] Es bedarf einer genauen Prüfung, ob sich ein Eingriff auf die Verletzung unternehmensgebundener Einzelwerte beschränkt, für deren Ausfall sich unschwer Ersatz beschaffen läßt, oder ob der Wirkungsbereich des Unternehmens angegriffen ist. Hierbei handelt es sich um eine Wertungsfrage.[9]

Mit dem Kriterium der "ohne weiteres ablösbaren Rechte" ist eine eindeutige Abgrenzung ebenfalls nicht zu erreichen.

---

1) BGHZ 7, 30, 51; OLG Celle BB 60, 117
2) BGHZ 29, 65, 74; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 117
3) BGH NJW 59, 479, 481; 64, 720, 722
4) s. unten S. 218 ff
5) Baumbach-Hefermehl, aaO.; Glückert, AcP 166, 311, 323, 326; Hubmann, ZHR 117, 41, 79; Lufft, NJW 61, 2000, 2003
6) Hubmann, aaO.; Baumbach-Hefermehl, aaO.
7) Glückert, aaO.; Baumbach-Hefermehl, aaO.
8) Unwesentlich ist, ob diese Rechtsgüter unabhängig vom Unternehmen übertragen werden können.
9) Glückert, AcP 166, 311, 323

b) Lehre vom Schutzzweck der Norm

In BGHZ 29, 65, 69/70 wird für eine sachgemäße Auffüllung des Begriffs der Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb auf die Lehre vom Schutzzweck der Norm zurückgegriffen.[1)]
Der BGH stellt darauf ab, ob die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, in den Schutzbereich des Gesetzes fallen bzw., da der Schutz gar nicht kraft Gesetzes besteht, was eigentlich der Gegenstand des dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die Rechtsprechung zuerkannten Schutzes ist.[2)]

Bei der Lehre vom Schutzzweck der Norm handelt es sich methodisch um eine teleologische Reduktion einer gesetzlichen Norm. Aufgrund des im Wege der Auslegung ermittelten Gesetzeszwecks wird die Gesetzesnorm auf bestimmte, durch ihren Wortlaut noch gedeckte Tatbestände oder für bestimmte Folgeschäden nicht mehr angewandt.
Bei der Figur des Rechts am Gewerbebetrieb handelt es sich aber nicht um eine gesetzliche Anspruchsgrundlage, sondern um einen im Wege der Rechtsfortbildung zuerkannten Schutz, der jeweils nur für den Einzelfall gewährt wird. Es muß daher für den Fall einzeln geprüft werden, ob die Voraussetzungen für die Zubilligung eines Anspruchs gegeben sind. Eine ständige praeterlegale Rechtsprechung, sog. Gerichtsgebrauch, hat für den Richter keine verbindliche Wirkung.[3)]
Es geht nicht darum, gegenüber einer zu weitgefaßten gesetzlichen Regel eine Anwendungsbegrenzung zu erzielen, sondern entsprechend den Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung eine Anspruchsgrundlage für den Einzelfall erst zu begründen.
Bei der Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Gesetzesnorm mittels der Lehre vom Schutzzweck der Norm und bei der Abgrenzung eines im Wege der Rechtsfortbildung zuerkannten Schutzes im Einzelfall handelt es sich methodisch um zwei völlig verschiedene Vorgänge.
Die Lehre vom Schutzzweck der Norm kann daher nicht zur Abgrenzung des Schutzbereichs des Rechts am Gewerbebetrieb herangezogen werden.

1) zur Lehre vom Schutzzweck der Norm s. oben S. 17 ff
2) so auch Lehmann, NJW 59, 670; Schippel, GRUR 59, 284
3) s. oben S. 139

c) Grundsatz der Subsidiarität

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung von einer "Subsidiarität" des Rechts am Gewerbebetrieb aus. Eine Unternehmensbeeinträchtigung sei dann nicht mit dem Recht am Gewerbebetrieb zu schützen, wenn ein gesetzlicher Rechtsschutz begründet ist. Denn eine Schadensersatzpflicht könne unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den Gewerbebetrieb nur begründet werden, wenn dies geboten sei, um eine sonst bestehende Lücke im Rechtsschutz zu schließen.[1)]

Ist im konkreten Fall schon aufgrund gesetzlicher Vorschriften ein angemessener Anspruch gegeben, so fehlt es an einer Lücke im Unternehmensschutz, es besteht keine Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung.[2)] Der Richter hat dann die gesetzliche Norm anzuwenden.[3)] Der Anspruch wird in einem solchen Fall nicht im Wege der Rechtsfortbildung zuerkannt. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch nicht auf die gesetzliche Norm, sondern auf das "Recht am Gewerbebetrieb" gestützt wird. Das Ergebnis der Entscheidung als solches steht dann zwar mit der Rechtsordnung im Einklang, die Art der Rechtsfindung ist aber methodisch verfehlt.

Die Zubilligung eines Anspruchs mit der Figur des "Rechts am Gewerbebetrieb" muß daher auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen hinsichtlich des Unternehmensschutzes eine Lücke vorliegt, der Richter das Recht praeter legem findet.

Das "Recht am Gewerbebetrieb" ist nicht eine stets mitverwirklichte, aber aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht in

---

1) BGHZ 8, 387, 294; so schon RGZ 132, 311, 316; vgl. auch BGHZ 28, 320, 330; BGH NJW 62, 1103, 1104; 63, 531, 532; 66, 1617; 72, 1366, 1367; 74, 315, 316; von Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 90; Fikentscher, SchuldR, § 103 II 1 e (S. 659); Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 123 f; Lufft, NJW 61, 2000, 2003; Schramm, GRUR 73, 75, 76 f; Lindenmaier, WuW 53, 592; Gieseke, GRUR 50, 298, 304, 308; Säcker, DB 65, 1856, 1859; Nipperdey, NJW 67, 1985, 1987 FN 18

2) zum Verhältnis der Feststellung einer Lücke zur Notwendigkeit der Rechtsfortbildung s. oben S. 189 ff

3) zur Bindung des Richters an das Gesetz s. oben S.141 f, 148

Erscheinung tretende Anspruchsgrundlage - wie das Wesen der Subsidiarität im technischen Sinne der Konkurrenzlehre verstanden wird.[1)]

Die Subsidiarität erfordert zwei konkurrierende Tatbestände. Die Figur des Rechts am Gewerbebetrieb ist lediglich eine praeterlegale Anspruchsgrundlage, deren materieller Geltungsbereich von vornherein auf die Fälle beschränkt ist, in denen sich die Verletzungshandlung nicht durch bestehende Gesetze erfassen läßt. Bei der "Subsidiarität" im Zusammenhang mit dem Recht am Gewerbebetrieb wird der Sachverhalt nur von "einer" gesetzlichen Regelung erfaßt mit der Folge, daß eine richterliche Rechtsfortbildung nicht mehr erforderlich ist.
Bei dem Verhältnis zwischen Ansprüchen, die im Wege der Rechtsfortbildung zuerkannt werden, und gesetzlichen Ansprüchen handelt es sich nicht um eine Frage der Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz, sondern immer nur um eine solche der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung.[2)]

---

1) Lehmann-Hübner, BGB AT, § 8 IV; Enneccerus-Nipperdey, AT, Bd. 1, § 60 I 3, II; Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S. 10, 16 f; v. Tuhr, Der Allgmeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, § 16 I 4; Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, S. 73 f, 78 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 206 f; BGB AT, § 20 IV (S.268); SchuldR BT, 8. Aufl., S. 472; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. 1, S. 7o, 72 f, 82.
Nur ausnahmsweise schließt ein Deliktstatbestand einen anderen aus. In den Fällen der §§ 832, 833 Satz 2, 836 BGB wird der allgemeine Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB durch die Aufstellung einer besonderen Aufsichts- oder Verkehrssorgfaltspflicht ergänzt und hinsichtlich der Beweislast modifiziert; er geht für diese Fälle in dem besonderen Tatbestand auf.
Eine Sonderregelung gegenüber den anderen Tatbeständen der §§ 823 ff BGB bildet ferner § 839 BGB. Es kommen dem Beamten die in § 839 Abs. 1 Satz 2 sowie in Abs. 2 und Abs. 3 bestimmten Einschränkungen der Haftung stets zugute.
Zur Subsidiarität im Strafrecht vgl. Warda, JuS 64, 81, 91 f; Baumann, Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 608 f; Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., Rdnrn. 59 ff vor § 73

2) Traub, NJW 64, 2237, 2238 f; Buchner, S. 87

Gegenstand einer Rechtsfortbildung ist ebenso wie beim Gewohnheitsrecht, das auch nur eine bestimmte Rechtsfolge für einen bestimmten Tatbestand und nicht eine rechtliche Konstruktion zum Inhalt haben kann,[1] die Zubilligung des Anspruchs und nicht die konstruktive Begründung. Aufgrund einer Rechtsfortbildung bzw. eines Gewohnheitsrechts kann daher eine subsidiäre Anspruchsgrundlage in Form des Rechts am Gewerbebetrieb schon aus rechtsmethodischen Gründen nicht bestehen.

Außerdem ist es nicht verständlich, wie sich Richterrecht in einem Bereich entwickeln soll, der gesetzlich schon im gleichen Sinn geregelt ist, wenn es zugleich als subsidiär wieder hinter der gesetzlichen Regelung zurücktreten muß.

Beeinträchtigen Demonstranten den Betrieb eines Unternehmens durch Beschädigung betrieblicher Anlagegüter, so läßt sich der Schadensersatzanspruch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen, entweder als Eigentumsverletzung, sofern dem Unternehmer das Eigentum zusteht, oder wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts oder des Besitzes, wenn der Unternehmer Vorbehaltskäufer bzw. auf Grund eines Miet- oder Pachtverhältnisses zum Besitz berechtigt ist.[2] Der durch eine solche Beeinträchtigung der Unternehmenstätigkeit verursachte gesamte Folgeschaden wird von § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 252 BGB erfaßt.[3] Ein Rückgriff auf das Recht am Gewerbebetrieb ist methodisch verfehlt.

Entsprechendes gilt, wenn die Demonstranten ein zugunsten eines Unternehmens bestehendes Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzen.[4] Für eine Rechtsfortbildung besteht insoweit kein Raum wie sich Ansprüche aufgrund des Schutzgesetzes in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB begründen lassen.

---

1) s. oben S. 122 ff
2) s. oben S. 77 ff
3) LG Berlin KritJ 69, 193, 203; von Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 91; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 120; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 1048; Larenz, SchuldR AT, 9. Aufl., § 14 III d (S. 165 f)
4) s. oben S. 31 ff

Ebenso verhält es sich bei der generalklauselartigen Regelung des § 826 BGB. Zwar bedarf diese Norm zu ihrer Konkretisierung selbst erst des rechtsschöpfenden richterlichen Aktes, der der Rechtsfortbildung praeter legem sehr nahe kommt. Jedoch bedeutet die Generalklausel eine gesetzgeberische Ermächtigung zu einer durch die Wertungsprinzipien der Rechtsordnung bestimmten richterlichen Rechtsfindung innerhalb des durch die Tatbestandsmerkmale abgesteckten Rahmens. Hält der Richter diese Grenzen ein, so entscheidet er "secundum legem", nicht "praeter legem"[1]. Soweit der anerkannte Anwendungsbereich des § 826 BGB reicht[2], ist eine Anwendung des Rechts am Gewerbebetrieb methodisch verfehlt, da keine Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung besteht.[3]

Aufgrund des richterrechtlichen Charakters tritt das Recht am Gewerbebetrieb nur ergänzend neben § 826 BGB, nicht an

---

1) zum Verhältnis der Rechtsfindung "secundum legem" zur Rechtsfindung "praeter legem" beim Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 153; Die Idee der Konkretisierung, S. 182; Staudinger-Brändel, BGB, Einl. Rdnr. 54 vor § 1; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht, S. 17; Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 1, 3; Esser, Grundsatz und Norm, S. 150 f; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 26; Steindorff, Summum ius, S. 58, 62

2) s. oben S. 55 ff, 57, 69 ff

3) so ausdrücklich BGH GRUR 65, 690, 695: § 823 Abs. 1 BGB sei unanwendbar, weil der Sachverhalt durch §§ 826 BGB, 1 UWG abschließend geregelt sei. Vgl. auch BGH NJW 62, 1103, 1104; 64, 152, 153.
Eine gewerbeschädigende Meinungsäußerung stellt nach der Rechtsprechung nur dann einen unzulässigen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb dar, wenn es sich um "böswillige oder gehässige Schmähkritik" handelt. Vgl. BGHZ 45, 296; BGH NJW 70, 187. Diese im Hinblick auf Art. 5 GG verfassungskonforme Formel bedeutet praktisch die Rückkehr zu den engen Voraussetzungen des § 826 BGB. Die Rechtsprechung demonstriert, daß es im Bereich der gewerbeschädigenden Kritik des Rechts am Gewerbebetrieb nicht bedarf. Vgl. Kübler, JZ 67, 177, 178; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Anm. 133

dessen Stelle. Wenn Nipperdey[1] die gegenteilige Auffassung damit begründet, daß die Generalklauseln erst angewandt werden dürfen, wenn der spezielle Rechtsgüterschutz versagt, so geht er von einer normativen Geltung des Rechts am Gewerbebetrieb aus. Da es sich aber nur um einen im Einzelfall zugesprochenen richterlichen Rechtsschutz handelt, kann es nicht als spezieller Haftungstatbestand angesprochen werden.

Der ergänzend neben § 826 BGB bestehende Raum für eine Rechtsfortbildung praeter legem ist weit, da, von dem tatbestandseinschränkenden Merkmal der vorsätzlichen Schadenszufügung abgesehen, der Begriff der Sittenwidrigkeit nicht geeignet ist, Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Unternehmensbeeinträchtigungen zu geben.[2]

---

1) Festschrift für Sitzler, S. 79, 87.
Selbst wenn man von einem normativen Charakter des Rechts am Gewerbebetrieb ausgeht, ist § 826 BGB nicht, wie Knopp (Festgabe für Hefermehl, S. 403, 410) meint, gegenstandlos geworden. Es gibt durchaus Fälle sittenwidriger und vorsätzlicher Schädigung, die nicht "zugleich" einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb begründen. Richtet sich die vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung unmittelbar gegen Vertragspartner eines Unternehmens (z.B. Zulieferer, Abnehmer usw.), so kann das nur mittelbar betroffene Unternehmen seinen Schadensersatzanspruch nicht auf das Recht am Gewerbebetrieb stützen, weil es an einem unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriff fehlt. Dagegen besteht ein Anspruch gemäß § 826 BGB, wenn sich das Bewußtsein und der Wille der Schädigung vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich auch gegen dieses Unternehmen richten. Vgl. oben S.74

Im wettbewerbsrechtlichen Bereich gehen von der Vorstellung einer Anspruchskonkurrenz zwischen § 1 UWG bzw. § 826 BGB und dem Recht am Gewerbebetrieb all die Entscheidungen aus, die die gewährten Ansprüche aus dem UWG und zugleich aus § 823 Abs. 1 BGB begründen, oder die eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb vor der Anwendung der §§ 1 UWG, 826 BGB prüfen. Vgl. RG JW 32, 1883; BGHZ 13, 210; OLG Düsseldorf GRUR 58, 94

2) s. oben S. 198 f

d) Grundsatz der Interessenabwägung

Der Tätigkeitsbereich eines Unternehmens kann in unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zwar rechtlichen Schutz, aber keinen absoluten verlangen.
Bei der Frage, ob dem Unternehmen ein weiterer, über die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 823 ff BGB und des UWG hinausgehender Schutz zuerkannt werden kann, geht es letztlich um die Abgrenzung der wirtschaftlichen Belange des Unternehmers und des gegenüberstehenden Interesses an allgemeiner Handlungsfreiheit.
Eine verfassunsrechtlich konforme und das Deliktssystem beachtende Rechtsfortbildung muß sich des antinomischen Spannungsverhältnisses zwischen dem Deliktsschutz und der allgemeinen Handlungsfreiheit[1] bewußt sein und unter ihnen einen sinnvollen Ausgleich schaffen. Sie darf nicht zu einer verdeckten Umgestaltung des Deliktsrechts führen mit der Folge, daß derjenige, der von seinem Recht auf freie private, politische oder berufliche Betätigung Gebrauch macht und dabei eine Beeinträchtigung gewerblicher Interessen bewirkt, als indiziell rechtswidrig handelnder Täter eines zivilen Delikts zunächst verdächtigt wird und sich für die Rechtmäßigkeit seines Handelns auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund berufen muß.

Von dem Recht am Gewerbebetrieb als einer prinzipiell gegen jedermann geschützten Rechtssphäre, deren Störung grundsätzlich Unrecht sei und nur beim Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe rechtmäßig sein könne, ging die Rechtsprechung zunächst aus.
Bereits in der grundlegenden Entscheidung, in der der Schutz auf den gesamten Bereich der gewerblichen Tätig-

---

1) Ramm, JZ 72, 137, 141; Löwisch, Der Deliktsschutz, S. 129; Fabricius, AcP 160, 273, 275; Bender, JZ 57, 593; Droste, DB 63, 719; Koenigs, NJW 61, 1041, 1042; Deutsch, JZ 68, 721, 722; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 990; Buchner, S. 2, 18 f, 50, 110; Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, VersR 1961 Beiheft, S. 3, 9, 10; AcP 153, 548, 552; Schultz, NJW 63, 1801, 1803

keit ausgedehnt wurde, lehnte der BGH[1] eine schadensersatzpflichtige Beeinträchtigung bei einer geschäftlichen Äußerung, die den Boden sachlicher Kritik verlassen hatte, unter dem Aspekt des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen analog § 193 StGB ab, wenn sie objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zwecks bildete.
Danach war auch ein berechtigter, unternehmensschädigender Eingriff rechtswidrig, wenn nicht das kleinste Rechtsübel, das schonendste Mittel gewählt worden war. Daß das Mittel angemessen war, genügte nicht. Auch mußte der Täter subjektiv sorgfältig geprüft haben, ob die Verletzung nach Schwere und Ausmaß zur sachgemäßen Interessenwahrnehmung erforderlich war.[2]

Nach dieser Rechtsprechung wurde die Wahrnehmung berechtigter Interessen nur unter verhältnismäßig engen Voraussetzungen anerkannt und in der Systematik klar darauf abgestellt, daß die vorrangig eigenen Interessen als Rechtfertigungsgrund die durch den Eingriff in die gewerblichen Interessen zunächst indizierte Rechtswidrigkeit beseitigen.

Indem nach dem Vorbild der klassischen Rechtsgutverletzungen des § 823 Abs. 1 BGB das Schema der indizierten Rechtswidrigkeit und der ausnahmsweisen Rechtfertigung, sog. Regel-Ausnahme-Prinzip, beim Recht am Gewerbebetrieb übernommen wurde, zeigte sich, daß die Rechtsprechung die gewerblichen Interessen als vorrangig zu schützen ansah.[3]

Aufgabe der Rechtsordnung ist es, Normen zu setzen, nach denen sich der Ausgleich von Interessengegensätzen vollziehen soll. Dabei muß die Rechtsordnung zwangsläufig von einer Wertung der Rechtsgüter

---

1) BGHZ 3, 270, 281
2) vgl. etwa BGHZ 8, 142, 144; 24, 200, 205; BGH GRUR 55, 342; BGH MDR 56, 734, 735; BGH LM Nr. 11 zu § 823 (Ai) BGB
3) Die grundsätzliche Höherbewertung der Unternehmensinteressen gegenüber denjenigen des Verletzers ergibt sich auch aus der Gleichstellung des Rechts am Gewerbetrieb mit dem Eigentum.

ausgehen, um das höherwertige Rechtsgut in einem Konfliktsfall zu Lasten des geringerwertigen Rechtsguts zu schützen. Es ist ein allgemeiner Grundsatz der Rechtsordnung, daß im Konfliktsfall das höherwertige Rechtsgut Vorrang vor dem geringerwertigen genießt.[1] Dabei ist selbstverständlich für die Bewertung eines Rechtsguts nicht allein der wirtschaftliche Wert maßgebend[2], sondern maßgebend ist die Berücksichtigung aller Faktoren nach den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaats.

In der Regel nimmt das Gesetz selbst diese Rechtsgüterabwägung vor, indem es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgut gegenüber einem anderen Vorrang genießt.[3] In § 823 Abs. 1 BGB hat das Gesetz zugunsten des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums und der sonstigen absoluten Rechte eine Rangbewertung vorgenommen. Daher ergibt sich bei diesen Rechtsgütern bzw. Rechten das Verhältnis höherer/geringerer Wertigkeit nicht erst aus den besonderen Umständen des Einzelfalles, sondern generell und allgemein.[4]

---

1) Inzwischen in Anlehnung an die von der Rechtsprechung für den sog. Übergesetzlichen Notstand entwickelten Grundsätze (vgl. RGSt 61, 242, 255; 74, 353; RG JW 35, 2637) als rechtfertigender Notstand gesetzlich geregelt in § 12 OwiG und § 34 des 2. StrRG vom 4. 7. 69 (BGBl. I 717).
Vgl. auch §§ 12, 228, 824, 904 BGB; § 193 StGB; §§ 23, 24 KUG.
BVerfGE 6, 389, 433; 12, 113, 126 f; 25, 1, 7; 27, 1, 7; 27, 344, 351; 32, 373, 379; 33, 367, 376; BVerfG NJW 73, 1227, 1228; BGHZ 24, 72, 80; 24, 200, 206; 30, 7, 11; 32, 103, 110; 33, 20, 32; 35, 363, 368; 36, 77, 82

2) BGHZ 9, 83, 89

3) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 147

4) OLG Hamburg, NJW 59, 1784, 1785; BGH NJW 57, 785, 786; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 148; Schrauder, Wettbewerbsverstöße, S. 169 f; Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 327 f; Reuß, AcP 156, 89, 91; Schultz, NJW 63, 1801, 1803; Bode, DAR 57, 173, 175 f; Stoll, JZ 58, 137, 140; Nipperdey, NJW 67, 1985, 1988; Begemann, Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 49; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 117; Fikentscher, SchuldR, § 97 III 2 d;
so auch im schweiz. Recht, vgl. Merz, ZfBernJV 55, 300, 309

Bei einer generellen Höherbewertung der unternehmerischen Interessen wird nicht berücksichtigt, daß das Recht am Gewerbebetrieb in seiner Wertigkeit den übrigen in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgütern bzw. Rechten nicht gleichsteht.[1] Es handelt sich vielmehr beim Recht am Gewerbebetrieb um die Zubilligung von Ansprüchen, die von der Ergänzungsbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung im jeweiligen Einzelfall abhängig ist.[2] Eine Notwendigkeit der Rechtsfortbildung kann aber nur aufgrund einer Abwägung der im konkreten Fall auf dem Spiel stehenden Interessen, insbesondere bei einer Rechtsfortbildung im Bereich des Deliktsrechts, wo es um das antinomische Spannungsverhältnis zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und Integritätsschutz geht, festgestellt werden.

Mit der Beeinträchtigung des gewerblichen Tätigkeitsbereichs kann daher die Rechtswidrigkeit noch nicht indiziert sein, so daß es erst eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürfte, um die tatbestandlich indizierte Rechtswidrigkeit auszuschließen. Die Widerrechtlichkeit der Beeinträchtigung muß vielmehr aufgrund einer Interessenabwägung positiv bestimmt werden.[3]

---

1) Schultz, NJW 63, 1801, 1803; H. Lehmann, NJW 59, 670: "eine solche Gleichsetzung wäre Normerschleichung"; Abzulehnen ist die Ansicht Katzenbergers (Recht am Unternehmen, S. 17, 40), nach der genereller Schutz nicht besage, daß der Gegenstand der subjektiven Rechte des § 823 Abs. 1 BGB in jeder denkbaren Hinsicht geschützt sei, sondern er bedeute Schutz des Rechts an diesem Gegenstand in den vom Recht anerkannten Grenzen. Denn genereller Schutz bedeutet nicht Schutz in jeder denkbaren Hinsicht. Die Feststellung, er bedeute Schutz in den vom Recht anerkannten Grenzen, ist selbstverständlich und trifft nicht nur für subjektive absolute Rechte, sondern auch für bloß normgeschützte Interessen zu. Vgl. Siebert, NJW 58, 1369,1373

2) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 117

3) Hubmann, AcP 155, 85 f; ZHR 117, 41, 76 f; Hefermehl, WuW 53, 234, 238; Lehmann, MDR 52, 295, 297; Hauss, LM Nr. 16 zu § 823 (Ai); Deutsch, JuS 67, 152, 153; ebenso Schweizerische Bundesgericht GRUR 63, 268,270; anders Haager, in BGB RGRK, § 823 Anm. 27, 28, es sei besonders sorgfältig zu prüfen, ob der an sich rechtswidrige Eingriff nicht gerechtfertigt sei, da durch Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb an Stelle der spezialisierten Haftungstatbestände ein Generaldelikt geschaffen worden sei. Vgl. auch Katzenberger, Recht am Unternehmen, S. 167, 173

Bei der Interessenabwägung besteht die im Einzelfall zu lösende Aufgabe darin, das dem Beeinträchtigenden zur Seite stehende Recht auf Demonstration, freie Meinungsäußerung usw. zu dem Recht des Unternehmers auf Schutz gegen eine Störung seines Tätigkeitsbereichs in ein der verfassungsrechtlichen Grundkonzeption entsprechendes Verhältnis zu bringen.

Dabei hat die Interessenabwägung nicht die Aufgabe, die Beeinträchtigung des Unternehmens ausnahmsweise zu rechtfertigen. Vielmehr wird auf Grund der im konkreten Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung die als rechtswidrig anzusehende Beeinträchtigung erst festgestellt, das Recht also erst konkretisiert.

Bei der Abwägung der kollidierenden Interessen ist weder vom prinzipiellen Vorrang des Unternehmensschutzes noch umgekehrt von einem prinzipiellen Vorrang der Handlungsfreiheit gegenüber einem Unternehmen auszugehen.[1)]
Bei der Güter- und Interessenabwägung im konkreten Fall kann auch nicht die Vermutung zugunsten eines der kollidierenden Interessen streiten.[2)]
Denn "Vermutungen" können nur im Rahmen der Beweiswürdigung, also bei der Feststellung des der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalts (praesumtiones facti), unter bestimmten Voraussetzungen Bedeutung gewinnen.[3)]

---

1) BVerfG NJW 69, 1161 erklärt ausdrücklich, daß es im Bereich des Art 5 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist, ein grundsätzliches Überwiegen der Unternehmerinteressen anzunehmen. Vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 69, 2095, 2096; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 128; Knopp, Festschrift für Hefermehl, S. 403; 414 f; Reuß, AcP 156, 89, 94; Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 49 f.
Anderer Ansicht: Kübler (Referat, 33. Tagung des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit, Zusammenfassung in NJW 73, 1359, 1360) nimmt einen grundsätzlichen Vorrang des freien Kommunikationsprozesses gegenüber kollidierenden wirtschaftlichen Interessen an. Ablehnend: Lerche, aaO., "ein solches prinzipielles Zurücktreten wirtschaftlicher Interessen werde vom GG nicht gefordert".

2) so aber BGH NJW 66, 1617, 1619: "die Vermutung für die Zulässigkeit der "freien Rede" streitet, wenn es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt"; vgl. auch Schramm, GRUR 73, 75, 77

3) vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., § 282 Anh. 3

Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall den Unternehmensinteressen gegenüber den Interessen des Beeinträchtigenden ein höheres Gewicht beizumessen ist, ist aber keine im Rahmen der Beweiswürdigung zu treffende tatsächliche Feststellung, sondern das Ergebnis einer Wertung, die im Bereich der Rechtsfindung wie jede andere rechtliche Entscheidung zu treffen ist; in diesem Bereich ist für Vermutungen kein Raum.

Seit der Blinkfüer-Entscheidung[1] ist nach der Rechtsprechung eine positive Rechtswidrigkeitsprüfung erforderlich. Die Beeinträchtigung gewerblicher Interessen soll keine unrechtsindizierende Wirkung mehr haben.[2]
Aus den Entscheidungen ergibt sich aber nicht eindeutig, ob die Interessenabwägung erst auf der Stufe der Rechtswidrigkeit oder schon bei der Abgrenzung des Tatbestandes[3] ersatzpflichtiger Gewerbestörungen zu erfolgen hat.
Der systematische Standort der Interessenabwägung im Deliktsaufbau ist aber von Bedeutung für die Beweislast (Tatsachenfrage) und für das Risiko hinsichtlich des Ergebnisses der Abwägung (Rechtsfrage, sog. quaestio iuris[4]).[5]
Es handelt sich also nicht um eine bloß rechtstechnische Frage.[6] Grundsätzlich hat der Geschädigte die Verletzung seines Rechts und den dadurch entstandenen Schaden zu beweisen, während der Verletzer das Risiko der Beweislast hinsichtlich der Tatsachen für eine Rechtfertigung und deren Bewertung durch die Rechtsordnung trägt.[7]

---

1) BGH NJW 64, 29
2) vgl. etwa BGH JZ 65, 680; WRP 68, 54; NJW 66, 1617; GRUR 66, 386; JZ 67, 257; VersR 69, 352
3) so für das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausdrücklich BGH NJW 68, 1773, 1776
4) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 60; vgl. auch Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, S. 69; Münzberger, Verhalten und Erfolg, S. 331 FN 661; Larenz, BGB AT, § 25 II f (S. 356)
5) Helle, aaO.; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 150 FN 47, 161, 209 FN 22; Redeker, NJW 66, 1777, 1778
6) so aber Weitnauer, VersR 70, 585, 588; vgl. auch Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/2, S. 1003 FN 34
7) RG SeuffA 81, 50; RGZ 159, 235, 240; BGH NJW 57, 785, 786; NJW 63, 953, 954; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 234 I 1 b; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Vorbem. 8 a vor § 249; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 13 b; Fikentscher, Schuldrecht, § 97 III 2 d (S. 503); Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 195; Esser, SchuldR BT, 4. Aufl., § 106; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, 10. Aufl., § 823 Rdnr. 357

Bei dem im Wege der Rechtsfortbildung gewährten Unternehmensschutz wird aber auf Grund einer Interessenabwägung die als rechtswidrig anzusehende Beeinträchtigung im konkreten Fall erst festgestellt. Hierbei bildet diese Feststellung einen einheitlichen Vorgang. Dieser läßt sich nicht in die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit und in die Feststellung der Rechtswidrigkeit aufteilen.

Durch diesen richterrechtlich gewährten Unternehmensschutz wird das nach der gesetzlichen Regelung der §§ 823 ff BGB bestehende antinomische Spannungsverhältnis zwischen dem Integritätsschutz und der allgemeinen Handlungsfreiheit zugunsten des Unternehmensschutzes verschoben.[1] Damit aber die dadurch bewirkte Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit im privaten, beruflichen und politischen Bereich nicht übermäßig zugunsten des Unternehmens erfolgt, muß es dem Unternehmer obliegen, die Voraussetzungen darzutun, die eine als rechtswidrig (und schuldhaft) anzusehende und damit zum Schadensersatz verpflichtende Unternehmensbeeinträchtigung ergeben.[2] Der Unternehmer hat also das Risiko für das Ergebnis der Interessenabwägung zu tragen.

---

1) Wer nach der bestehenden gesetzlichen Regelung sich vorübergehend vor Fabrikeingängen niederläßt, um gegen das Unternehmen zu demonstrieren, ist dem Unternehmer wenigstens deliktsrechtlich nicht (auch nicht nach § 826 BGB oder grundsätzlich nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB) schadensersatzpflichtig. Aufgrund der richterrechtlichen Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb kann ein Schadensersatzanspruch bestehen.

2) Heckelmann, ArbuR 70, 166, 173; Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, S. 69; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 128; Fikentscher, SchuldR, § 97 V (S. 591); Koenigs, JuS 62, 342, 343; Säcker, ZRP 69, 60, 61.
Nach Begemann (Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb, S. 59 f) ist das Recht am Gewerbebetrieb schon inhaltlich derart begrenzt, daß es nur gegen sozialinadäquate Eingriffe Schutz gewährt. Nicht der Schädiger hat die soziale Adäquanz, sondern der Geschädigte hat das Gegenteil zu beweisen. Zustimmend Nikisch, Arbeitsrecht, S. 117 FN 31.
Abzulehnen sind die vom Schema der Unrechtsindikation und der ausnahmsweisen Rechtfertigung ausgehenden Ansichten von Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 122 FN 44; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 65; Löwisch, RdA 62, 314, 317; RdA 67, 50 FN 45.
Zur Parallele beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht vgl. BGH NJW 68, 1773, 1776; Koebel, JZ 60, 433, 435. So auch die Begründung zur Regierungsvorlage eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes - BT-Drucksache 1237, 3. Wahlperiode 1959, S. 3.

Eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung führt zu großzügigeren, aber auch unsicheren Lösungen als die Überprüfung eines Verhaltens an einer festgefügten, den Typus des Lebensverhältnisses erfassenden Norm.
Wird eine Entscheidung aus einer Interessenabwägung gewonnen, so läßt sich einerseits ein gewisses Maß an Unsicherheit nicht vermeiden. Dies ist aber zumutbar, wenn die Leitgedanken erkennbar werden, nach denen die Entscheidungen getroffen werden. Es ist daher erforderlich, daß die Abwägung jeweils unter Darlegung der Interessengegensätze vorgenommen und die maßgeblichen Bewertungsmaßstäbe herausgestellt werden.[1] Andererseits bedeutet der Rückgriff auf die Interessenabwägung eine Befreiung aus begrifflicher Verkrampfung und einen Fortschritt in der Rechtsfindung.[2]

Das Kriterium der Güter- und Interessenabwägung führt zu sachgerechten Ergebnissen. Es handelt sich im Gegensatz zu den anderen Kriterien nicht um ein bloß begriffliches Erfordernis, mit dem willkürlich im Einzelfall aus nicht nachprüfbaren Erwägungen Ansprüche zugesprochen oder abgelehnt werden können.

---

1) zur Offenlegung der Urteilsgründe s. oben S.157 f
2) Buchner, S. 113

6. Unternehmensschutz und System des Deliktsrechts

a) Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage

Die bei Beeinträchtigung eines Unternehmens gewährten Schadens- und Unterlassungsansprüche werden richterrechtlich begründet. Die Ansprüche werden also unmittelbar praeter legem zugebilligt, ohne daß sie ihre Rechtfertigung noch aus § 823 Abs. 1 oder § 823 Abs. 2 BGB abzuleiten vermöchten. Es muß daher auch nicht auf diese Vorschriften Bezug genommen werden.[1)]

In systematischer Hinsicht gehört der im Wege der Rechtsfortbildung gewährte Unternehmensschutz eher in den Bereich des § 823 Abs. 2 als in den des § 823 Abs. 1 BGB.
Der Gewerbebetrieb soll nicht gegen alle Arten von Beeinträchtigungen geschützt werden. Es geht bei dem über die gesetzliche Regelung hinaus gewährten Unternehmensschutz vielmehr darum, bestimmte Verhaltensweisen, die sich störend auf die Ausübung der gewerblichen und unternehmerischen Betätigung auswirken, auf Grund einer Interessenabwägung im Einzelfall als rechtswidrige Unternehmensbeeinträchtigungen festzustellen und für schadensersatzpflichtig zu erklären. Rechtsschutz wird also nur gegen einzelne störende Handlungen, die sich durch ihre Art und Weise qualifizieren, geboten. Für Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist es gerade charakteristisch, daß sie (ausdrücklich oder dem Sinne nach) bestimmte Arten von Handlungen verbieten.
Für den richterrechtlich gewährten Unternehmensschutz ist demnach der richtige Anknüpfungspunkt § 823 Abs. 2 BGB.[2)] Da aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB der Normcharakter der Schutzbestimmung unabdingbar ist[3)], kann der im Einfall auf Grund der Interessenabwägung gewährte Anspruch nur auf eine entsprechende Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der als rechtswidrig (und schuldhaft) festgestellten Unternehmensbeeinträchtigung gestützt werden.

---

1) vgl. Löwisch, Der Deliktsschutz, S. 124; Buchner, S. 269. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 183: "Statt solcher Ableitungs- und Rückgriffsbemühungen bietet sich als Äquivalent auch die unmittelbare Berufung auf die in solchen Prinzipien geschützten Werte oder die darin anerkannte "Wertordnung" an. Dem entspricht im dogmatischen Feld die Möglichkeit, statt einer Analogie unmittelbar eine eigene dogmatische Neukonstruktion aufzustellen".

2) vgl. Gieseke, GRUR 50, 298, 310/311; Fikentscher, Festschrift für Kronstein, S. 287; Löwisch, Der Deliktsschutz, S. 129/130; Zeuner, JZ 61, 41, 45; Steindorff, JZ 60, 582, 583/584; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S. 481 FN 4; Reinhardt, Karlsruher Forum, VersR 1961, Beiheft, S. 11

3) Deutsch, JZ 63, 385, 389

b) Beachtlichkeit des Systems für die Rechtsfortbildung

Die Abgrenzung der unzulässigen, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche begründenden, von den zulässigen Unternehmensbeeinträchtigungen kann in jedem Fall nur über eine Interessenabwägung erfolgen. Allein diese Abwägung läßt die Ergänzungsbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung erkennen und bestimmt damit über den Umfang des herauszubildenden Schutzes.

Eine Interessenabwägung führt zu großzügigeren, aber auch unsicheren Lösungen als die Überprüfung eines Verhaltens an einer festgelegten, den Typus des Lebensverhältnisses erfassenden Norm. Wegen dieses unscharfen, erst durch die Interessenabwägung im Einzelfall konkretisierten Bereichs des Unternehmensschutzes wird eingewandt, daß diese Rechtsfortbildung nicht in das System des Deliktsrechts passe.[1)]

Kennzeichen einer "geglückten" Rechtsfortbildung sei aber, daß sie sich "bruchlos" in das Ganze der Rechtsordnung einfügen lasse.[2)] Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht sowie das Gebot der Rechtssicherheit erfordern eine Übereinstimmung der Rechtsfortbildung mit dem vorhandenen System[3)], denn darin liegt eine Kontrolle der Richtigkeit der Rechtsfortbildung.[4)]

---

1) vgl. Deutsch, JZ 63, 385; Larenz, SchuldR BT, 10. Aufl., S. 480; Methodenlehre, S. 403;
zur Systematik der §§ 823 ff BGB s. oben S.11 ff

2) Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 7 f; Methodenlehre, S. 403: "Bei der Schaffung und Ausgestaltung eines neuen Rechtsinstituts hat die Wissenschaft darauf Bedacht zu nehmen, daß dieses sich möglichst "organisch" in die Rechtsordnung einfügt, d.h. den Rahmen des Gesetzes nicht unnötig sprengt, schon geprägte Begriffe ohne Veränderung ihres Sinngehalts übernimmt und den Anschluß an verwandte Erscheinungen wahrt". Vgl. auch Mertens, JuS 67, 97, 102; Brüggemann, JR 63, 162, 164

3) zur Bindung an "Gesetz und Recht" s. oben S. 148
zum Wert der Systematik für die Sicherheit der Rechtsanwendung vgl. Diederichsen, NJW 66, 697, 705; Larenz, JZ 62, 105, 106; M. Wolf, JuS 72, 111, 112; Schneider, Richterrecht, S. 22

4) Larenz, Methodenlehre, S. 157, 403; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 115; Habscheid, Über das Verhältnis Richter und Recht, S. 15 f, 18 f; Starck, JZ 72, 609; Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, S. 624 f; Merz, AcP 163, 305, 322; Esser, Wertungen und Konstruktion, S. 16; Vorverständnis und Methodenwahl, S. 88, 95; AcP 172, 97, 104; A. Kaufmann, JuS 67, 145, 146

Unter systematischen Gesichtspunkten kann aber der Umstand, daß die engen Haftungstatbestände der §§ 823 ff BGB eine Erweiterung für den Bereich des Unternehmensschutzes erfahren haben, nicht schon für sich als bedenklich erscheinen oder gar einer richterlichen Rechtsfortbildung entgegenstehen.

Jedwede Wissenschaft, gleich welche ist ein rationales Verfahren. Auch die Rechtsdogmatik als Wissenschaft lebt von der Überzeugung, daß Rechtsprobleme einer rationalen Behandlung zugänglich sind, und daß es möglich ist, richtige Entscheidungen mit Hilfe eines Denkverfahrens zu finden, das wenigstens in seinen Gründen rational einsichtig und daher nachvollziehbar ist. Eine völlige Rationalisierung der Rechtsanwendung ist aber nicht möglich. Der Gedanke eines umfassenden Rechtssystems ist zwar kein theoretisches Axiom, wohl aber als Idealziel der Rechtsfindung ein wichtiger dogmatischer Topos.[1)]
Aufgabe der Dogmatik ist es also, Gesichtspunkte zu finden, unter die die wesentlichen rechtlichen, insbesondere die im Gesetz vorgesehenen Lösungen eingeordnet und aus denen heraus dann bisher nicht behandelte Fälle einer Lösung zugeführt werden können. Dazu hat sie den Gesamtzusammenhang aller derzeitigen Erkenntnisse offenzulegen, ihre Abstimmung aufeinander zu gewährleisten und so die Feststellung zu ermöglichen, welche Rückwirkungen eine Veränderung (der Erkenntnis oder des Gegenstands) in einem bestimmten Punkt aufgrund des Gebots der inneren Konsequenz an anderen Stellen hat.[2)]

Denn wie jedes wissenschaftliche System so ist auch ein rechtswissenschaftliches System immer nur ein Systementwurf[3)], der lediglich den derzeitigen Stand des Wissens zum Ausdruck bringt. Es bewahrt das griffbereit auf, was frühere Arbeit am Gesetz an ergänzenden, präzisierenden und abändernden Wertungen eingebracht hat.[4)] Es ist konservierte Wertung.[5)]

---

1) Betti, Festschrift für Rabel, Bd. II, S. 130; Obermayer, NJW 66, 1885, 1886
2) Larenz, JZ 62, 105, 109; Säcker, JZ 61, 156, 161; Starck, JZ 72, 609
3) Popper, Logik der Forschung, 2. Auf., S. 223 f
4) Haverkate, ZRP 73, 281, 282; vgl. auch Esser, Vorverständnis, S. 88; AcP 172, 97, 114; Starck, JZ 72, 609
5) Esser, Vorverständnis, S. 90 f

Noch viel weniger als das Gesetz ist das System unbesehen hinzunehmende Handlungsanweisung. Zu seiner weiteren Entwicklung muß es immer wieder in Frage gestellt und aufgrund besserer Einsicht verändert und erweitert werden können.[1)]

Für das System gilt also auch, was Engisch[2)] für den Gedanken der "Einheit der Rechtsordnung" ausgeführt hat: es ist nicht nur Axiom, sondern auch Postulat, nicht nur vorgegeben, sondern auch aufgegeben, und das bedeutet für das Verhältnis von Systembildung und Rechtsgewinnung, daß zwischen diesen nicht eine einseitige Abhängigkeit, sondern eine Wechselbeziehung besteht: wie das System die Rechtsgewinnung beeinflußt, so erfolgt auch umgekehrt die volle Ausbildung des Systems erst im Prozeß der Rechtsgewinnung. Außer unter dem Vorbehalt "teleologischer Kontrolle" steht somit jedes Systemargument auch noch unter dem der Möglichkeit einer Fort- oder Umbildung des Systems.

Das System ist also kein starres, sondern ein "offenes", der Fortentwicklung zugängliches.[3)]

Wegen der Zulässigkeit der Fortbildung des Systems kann die Feststellung, das (bisherige) System widerlege eine bestimmte Lösung, nicht ohne weiteres als endgültiges Ergebnis hingenommen werden.[4)]

---

1) Larenz, JZ 62, 105; Esser, Vorverständnis, S. 90

2) Einheit der Rechtsordnung, S. 69 f

3) so die absolut herrschende Meinung, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 156 f; Festschrift für Nikisch, S. 275, 299; JZ 62, 105, 107; Sauer, Juristische Methodenlehre, S. 172; Engisch, Einheit der Rechtsordnung, S. 69 f; Studium Generale 10 (1957), S. 173 f; Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 60; Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 107 FN 172; Emge, Philosophie der Rechtswissenschaft, S. 290; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, S. 295 f; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 122, 145, 150; Esser, Vorverständnis, S. 90 f; AcP 172, 97, 123; Mertens, JuS 67, 97, 102; M. Wolf, JuS 72, 111, 112; Zippelius, NJW 67, 2229, 2231; Raiser, NJW 64, 1201, 1204; Obermayer, NJW 66, 1885, 1892.
Der Gedanke der "Offenheit" des Systems ist in den anderen Disziplinen ebenfalls allgemein anerkannt. Vgl. Rickert, System der Philosophie, Bd. 1, S. 350; Schelsky, Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen, S. 287 f

4) Säcker, JZ 71, 156, 161

Bei der Fortbildung des Deliktsrechts zugunsten eines wirksamen Unternehmensschutzes kann es nur darum gehen, auf die Integrierbarkeit der Anspruchsgrundlagen in das bisherige System zu achten. Unter systematischen Gesichtspunkten kann der Umstand, daß die engen Haftungstatbestände der §§ 823 ff BGB eine Erweiterung für den Bereich des Unternehmensschutzes erfahren haben, nicht schon für sich als bedenklich erscheinen oder gar einer richterlichen Rechtsfortbildung entgegenstehen.

H. Grenzen des Demonstrationsrechts

Inwieweit die einzelnen Demonstrationsaktionen - strafbare und unerlaubte Handlungen - rechtswidrig sind und damit einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz begründen, hängt von den Grenzen des Demonstrationsrechts ab.

I. positiv-rechtliche Grundlage des Demonstrationsrechts

Der Begriff "Demonstration" ist kein juristischer, er findet sich in keinem Gesetzestext. Unter "Demonstration" wird im allgemeinen eine Veranstaltung unter freiem Himmel verstanden, die die Kundgabe einer bestimmten Meinung bezweckt.[1)]

Bei dem Demonstrationsrecht geht es also um die Grundrechtsbereiche der Versammlungsfreiheit und der Meinungsfreiheit. Beide stehen im Kreis der Grundrechte, die als Kommunikationsrechte zusammengefaßt sind. Dazu gehören das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)[2)] und die Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG). Der enge Zusammenhang der Versammlungsfreiheit mit der Gewährleistung der Meinungsfreiheit wird auch dadurch hervorgehoben, daß dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit eine "Komplementärfunktion"[3)] zugesprochen wird. Individuelle Meinungsbildung als Vorstufe der

---

1) vgl. etwa v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 5; Merten, MDR 68, 621; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 9, mit von einander abweichenden Definitionen, die sich aber in den hier gewählten Merkmalen treffen.

2) Art. 11 MRK (unmittelbar geltendes Recht, BGBl. 1952 II 686) garantiert ebenfalls die Versammlungsfreiheit und billigt diese allen Menschen zu.

3) Zeidler, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 3, 6: "mixtum compositum aus den Grundrechten auf Versammlungsfreiheit, Meinungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit, wobei wiederum der Schwerpunkt auf der Versammlungsfreiheit liegt."

Meinungsäußerung setzt Information und Kommunikation durch sozialen Kontakt voraus. Diesen Kontakt ermöglicht und sichert die Versammlungsfreiheit. Sie eröffnet ferner die Möglichkeit, individuellen Meinungsäußerungen durch kollektive Bündelung ein besonderes Gewicht zu verleihen.
Bei dem "Demonstrationsrecht" handelt es sich also um ein Recht mit Verfassungsrang[1], das sich aus Art. 5 und Art. 8 GG ergibt.[2]

II. Schutzrichtung der Grundrechte

Die Grundrechte richten sich ihrer geschichtlichen Entstehung und Sinngebung nach gegen den Staat.[3]
In dem Verhältnis des einzelnen zu den Trägern hoheitlicher Gewalt liegt auch nach wie vor die Hauptbedeutung der Grundrechtsartikel. Sie sollen die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.[4]
Bei strafbaren Handlungen kommen die Grundrechte gegenüber der öffentlichen Gewalt unmittelbar zur Geltung.[5]

---

1) Samper, BayVBl 69, 77, 78 lehnt dagegen ein Demonstrationsrecht mit Verfassungsrang ab.
2) Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 9 f; Merten, MDR 68, 621, 622; Hoffmann, JuS 67, 393, 397; Neuberger, Goltd'A 69, 1, 3 f; Hannover, KritJ 68, 51
3) vgl. etwa Ramm, JZ 72, 137 f
4) BVerfGE 7, 198, 204; BVerfG NJW 60, 811 f; BAGE 1, 185, 191; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 353; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 13 II 11 (S. 99); Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, S. 12 f
5) Strafrechtsdogmatisch bereitet die Berücksichtigung der Grundrechte keine Schwierigkeiten, wenn bereits der Straftatbestand ein Merkmal enthält, das Wertungen offen ist und innerhalb dessen die Güterabwägung (s. dazu unten S.252f) vorgenommen werden kann. Vgl. dazu Tiedemann, JZ 68, 761; 69, 719 f
Gewährt keines der Tatbestandsmerkmale einen derartigen Interpretationsspielraum und ist die Strafvorschrift auch nicht wie die Nötigung als sog. offener Tatbestand konstruiert, so ist auf die Konstruktion eines aus Art. 5 und 8 GG herzuleitenden Rechtfertigungsgrundes zurückzugreifen. Vgl. dazu Maul, JR 70, 81, 85

Aber die Wirkung der Grundrechte ausschließlich auf die Staatsrichtung einengen zu wollen, würde weder der Entstehungsgeschichte noch dem Sinn des Grundgesetzes entsprechen.[1)]

Da Art. 1 GG ein Bekenntnis zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder staatlichen Gemeinschaft enthält und dort der Schutz der Menschenwürde aller staatlichen Gewalt aufgetragen wird, kann der Grundrechtsteil des GG nicht mehr nur als Gewährleistung der Freiheit des Bürgers gegenüber dem Staat verstanden, sondern muß als eine Ordnung des Lebens im Staat überhaupt beachtet werden.[2)]

Das Grundgesetz hat eine "objektive Wertordnung mit der menschlichen Persönlichkeit im Mittelpunkt aufgerichtet, ein Wertsystem, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten muß und selbstverständlich auch das bürgerliche Recht beeinflußt; keine bürgerrechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden".[3)]

---

1) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnrn. 131 f; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 333; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 126

2) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnern. 16, 131; Nipperdey in Grundrechte, Bd. IV/2, S. 749 f; Mertens, JuS 62, 263 f; J. P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 150, 163

3) so BVerfGE 7, 198, 205; vgl. auch BVerfGE 10, 59, 81; 12, 205, 259; 20, 162, 175; 21, 362, 371; 24, 367, 389; 25, 256, 263; 30, 173, 188; 33, 303, 330; Enneccerus-Nipperdey, AT, § 15 II; Larenz, Methodenlehre, S. 318; Stein, NJW 64, 1745, 1747; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, S. 34; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 147, 157 f; Schmidt-Salzer, NJW 70, 8, 12 f; Gamillscheg, AcP 164 (1964), 380, 404; Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, S. 18 ff; Esser, SchuldR AT, 3. Aufl., S. 8 f.
Zu den Grundrechtsnormen der Weimarer Verfassung vgl. RGZ 128, 92, 95. Ein Beweis dafür, daß die sog. Lehre von der "Drittwirkung der Grundrechte" kein neuer Gedanke ist, sondern schon vor dem Grundgesetz gegolten hat. Vgl. auch Smend, VVDStRL 4 (1928), 6, 46, 48

Aus diesen Ausführungen des BVerfG ist jedoch nicht zu folgern, daß die Grundrechte in der gleichen Weise wie in der Staatsrichtung ohne weiteres auch im Verhältnis zwischen den einzelnen Privatpersonen anwendbar sind;[1] denn die Rechtsbeziehungen des einzelnen zum Staat sind in ihrem Wesen weitgehend verschieden von denen des einzelnen zum Mitmenschen, vor allem deshalb, weil dieser ebenfalls Träger der Grundrechte ist.[2]

Umstritten ist die Art und Weise, in der die Grundrechte auf das Privatrecht einwirken.
Nach der einen, besonders von Dürig[3] vertretenen Ansicht, kommen die Grundrechte nur auf dem Weg über die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe, wie die Generalklauseln des Zivilrechts, zur Geltung, während nach der anderen, von Nipperdey[4] entwickelten Lehre, der Einfluß bestimmter Grundrechte auf das Privatrecht unmittelbar (absolut) ist, ohne daß es eines in Ausführung der Grundsatznorm erlassenen Gesetzes oder besonderer "Einbruchsstellen" bedarf. Dieser Auffassung ist auch das BAG[5] gefolgt.
Die Ausführungen des BGH in den beiden Demonstrationsurteilen[6] erwecken den Eindruck, als wolle der BGH die Grundrechte im Verhältnis von Privatpersonen untereinander auch unmittelbar anwenden. Das kommt insbesondere zum Ausdruck, wenn der BGH sagt: "Zutreffend hat das Berufungsgericht bei der zur Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb gebotenen Gesamtwürdigung ferner berücksichtigt, daß die Blockademaßnahmen gegen

---

1) Auch Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey, AT, § 15 II a) nimmt dies nicht an.
2) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnr. 130; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 321, 354 f
3) Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff, 176; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnr. 132
4) Enneccerus-Nipperdey, AT, § 15 II 4 c; in Grundrechte, Bd. IV/2, S. 748 ff; DVBl 58, 445, 447; so auch Laufke, Festschrift für H. Lehmann, Bd. 1, S. 145 f; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 356 f
5) BAGE 1, 185, 191 f; 4, 240, 242 f; 4, 274, 276; 13, 168, 174; BAG NJW 73, 77 f
6) BGH NJW 72, 1366, 1368; 72, 1571, 1573

ein Presseunternehmen gerichtet waren und deshalb auch das Recht der Pressefreiheit verletzten. Selbstverständlich schützt die Pressefreiheit Presseorgane nicht vor wirtschaftlichen Nachteilen, die sich aus der Ausübung des Rechts der Meinungsfreiheit und des Demonstrationsrechts durch andere ergeben. ... Die Auslieferungssperre verstieß gegen diese verfassungsmäßig gewährleistete Freiheit".
Auch in früheren Entscheidungen hat sich der BGH mit der Frage der Wirkung der Grundrechte im Verhältnis von Privatpersonen untereinander nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, er bedient sich jedoch schon immer einer Ausdrucksweise, die auf eine Bejahung unmittelbarer Drittwirkung hindeutet.[1)]

Die Auffassung, die eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten bejaht, hat sich aber bisher in Rechtsprechung und Schrifttum[2)] noch nicht durchsetzen können. Daher ist nicht anzunehmen, daß der BGH entgegen der überwiegend anerkannten Grundrechtsdogmatik den Übergang zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ohne Begründung vollzogen hat.[3)]

---

1) BGHZ 13, 334, 338; 17, 108, 115; 24, 72, 76; 26, 349, 354; 27, 284, 285; 30, 7, 10; 33, 145, 15o; 35, 363, 367; 39, 124, 131; 45, 296, 307; BGH NJW 6O, 476, 477; 6O, 2043; 62, 32, 33; 64, 29, 3O; BGH NJW 68, 1773, 1776: ..."Wertentscheidung des Verfassungsgebers ..., die als Grundsatznorm bei der Ausfüllung von Generalklauseln des bürgerlichen Rechts Beachtung erheischt".
2) Bosch/Habscheid, JZ 54, 213, 214; 56, 297, 298; Larenz, BGB AT, S. 39; SchuldR BT, 1O. Aufl., S. 472 f; NJW 55, 521, 524; Reimers, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S. 16 ff; Siebert, NJW 58, 1369, 1373; Bachof in Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 172 ff; Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, S. 13, 37; Flume, Verh. des 46. DJT, Bd. II, Teil K, S. 32 f; Das Rechtsgeschäft, § 1 1Ob; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., § 33 V a 1; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, S. 27 ff; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Vorbem. A II 4 d; E. Wolf in Wolf-Lücke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 237, 239; Schmidt-Salzer, NJW 7O, 8, 13 f; Rupp, NJW 72, 1537, 1542; Gamillscheg, AcP 164 (1964), 38O, 4O5; Heinze, DVBl 7O, 716, 717
3) Noch in MDR 7O, 34 hat der BGH diese Frage offen gelassen.

Es kann daher der Auffassung des BVerfG gefolgt werden, das mehrfach die Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bestätigte.[1] Danach sind die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertungen im Privatrecht durch die Interpretation von Vorschriften dieses Rechtsbereichs, insbesondere der Generalklauseln umzusetzen und bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit eines Eingriffs in einzelne private Rechte im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung heranzuziehen.[2]

Inwieweit also das verfassungsrechtlich gewährleistete "Demonstrationsrecht" strafbare Handlungen deckt und sich bei sonstigen unternehmensbeeinträchtigenden Handlungen im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung auswirkt, hängt von den Grenzen der Versammlungsfreiheit ab, die aus der Verfassung selbst zu entnehmen sind, insbesondere aus der Funktion, die diesem Grundrecht im Rahmen der demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes zukommt, sowie aus dem systematischen Zusammenhang mit den anderen, in der Verfassung gewährleisteten Grundrechten, in erster Linie mit der in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Meinungsfreiheit.

III. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

Art. 8 Abs. 1 GG garantiert allen Deutschen das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Von entscheidender Bedeutung für die Feststellung der Reichweite dieses Grundrechts ist zunächst die Interpretation des Begriffs "Versammlung".

---

1) BVerfGE 7, 198, 205; 10, 302, 322; 12, 113, 125; 18, 85, 92; 24, 278, 281; 25, 256, 264; 30, 173, 188

2) BVerfGE 25, 256, 264

1. "Versammlung" im Sinne des Art. 8 GG

Das Grundgesetz hat, ebenso wie die Weimarer Reichsverfassung und die übrigen deutschen Verfassungen, den Begriff der "Versammlung" nicht definiert, sondern ihn als bekannt vorausgesetzt. Auch enthalten weder ältere noch neuere Gesetze eine Definition des Begriffs. Auch in Rechtsprechung und Schrifttum ist der Begriff "Versammlung" umstritten.

a) Teilnehmerzahl

Schon über die Frage, wie viele Menschen erforderlich sind, um eine "Versammlung" zu bilden, besteht keine Einigkeit.

Wenn Art. 8 Abs. 1 GG das Recht garantiert, sich zu versammeln, so ist schon dem Wortlaut dieser Vorschrift zu entnehmen, daß es sich um eine Zusammenkunft mehrerer Personen handeln muß. Art. 8 Abs. 1 GG will nicht die "Ein-Mann-Versammlung", das Versammeln mit sich selbst gewährleisten.[1)]

Nach dem RG[2)] muß "eine nicht zu klein an Zahl bemessene Personenmehrheit oder Menschenmenge" vorliegen. Während ein Teil der Literatur[3)] ebenfalls eine größere Anzahl von Personen fordert, verlangt der überwiegende Teil der Literatur die Beteiligung entweder von drei[4)] oder zwei[5)] Personen.

---

1) "Demonstriert" nur eine einzige Person, indem sie sich z.B. mit einem Plakat an die Straße stellt, so liegt keine Versammlung vor, sondern nur eine Meinungskundgabe durch eine einzige Person. Diese "Ein-Mann-Demonstration" kann allerdings, wenn sich ihr spontan weitere Personen anschließen, zur "Versammlung" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG werden.
2) RGSt 21, 71, 72 f; vgl. auch RGSt 63, 136, 137
3) Trubel/Hainka, Das Versammlungsrecht, § 1 Anm. 3; Frowein, NJW 69, 1081 FN 10
4) Potrykus, Vereins- und Versammlungsrecht, V 55, § 1 Anm. 3; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 21; Füßlein in Die Grundrechte, Bd. II, S. 444; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 2; so auch OLG Hamburg MDR 65, 319
5) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 40; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 11; NJW 69, 454

Die Notwendigkeit von drei Personen ist nirgends begründet, sie ist auch unverständlich, denn es ist nicht einzusehen, warum nicht auch zwei Personen sich sollten versammeln können. Die Auffassung, daß auch schon zwei Personen eine "Versammlung" bilden, wird auch der individualrechtlichen Komponente des Art. 8 Abs. 1 GG gerecht, nach der die Versammlungsfreiheit auch die Garantie der "Persönlichkeitsverwirklichung in Gemeinschaft mit anderen"[1] enthält.
Es bilden daher schon zwei Demonstranten eine "Versammlung" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG.

b) Zweck

Einigkeit besteht darüber, daß eine "Versammlung" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG nicht nur eine Ansammlung von Personen in einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort ist, sondern sie muß einen von den Teilnehmern gemeinsam verfolgten Zweck haben.[2]
Das Erfordernis eines gemeinsamen Zwecks besagt, daß der Zweck, den jeder einzelne verfolgt, im wesentlichen übereinstimmen muß mit dem, den auch die anderen verfolgen.[3]
Wesentliches Kriterium der Versammlung ist ferner der Wille, kollektiv zu handeln. Bei einer Versammlung muß daher der gemeinsame Zweck darin bestehen, daß in bezug auf eine bestimmte Angelegenheit mit dem Kollektiv und durch das Kollektiv gehandelt werden soll.[4]
Diese Voraussetzung ist bei einer Demonstration gegeben, denn an ihr nehmen mehrere Personen teil, die sich räumlich zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch gemeinsames Handeln zusammengefunden haben.

---

1) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 40
2) vgl. etwa Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 42; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 22
3) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 42
4) Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rdnr. 2

Umstritten ist aber wiederum, worauf sich der Zweck der Zusammenkunft beziehen muß.
Die Rechtsprechung[1] und ein Teil der Literatur[2] sehen Sinn und Zweck des Art. 8 GG ausschließlich darin, diejenigen Zusammenkünfte zu schützen, die der Meinungs- und Willensbildung dienen, es müssen also in der Versammlung "öffentliche Angelegenheiten" behandelt werden.
Nach der Gegenansicht[3] besteht Sinn und Zweck des Art. 8 GG nicht ausschließlich im Schutz politischer Kommunikation. Art. 8 GG hat auch den Zweck, die totale Isolierung des Individuums durch einen totalitären Staat zu verhindern.

Der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 GG gibt keinen Anlaß zu einer restriktiven Interpretation. Die Vorschrift spricht von der Versammlung schlechthin.
Schon Art. 123 WRV verbürgte die Versammlungsfreiheit, einerlei, ob die erörterten oder kundgegebenen Angelegenheiten private oder öffentliche waren.[4] Der Versammlungsbegriff des Art. 8 Abs. 1 GG kann nicht enger sein.
Der moderne Staat besitzt die Möglichkeit des totalen Eingriffs in den Bereich geistiger Entfaltung. Diese Wirklichkeit hat ihre verfassungsrechtliche Antwort in der Sicherung größtmöglicher Entfaltungsfreiheit gefunden, zu der auch ein möglichst umfassender Schutz jeder Art zweckverbundener Zusammenkünfte gehört.
Das ergibt sich auch aus der systematischen Gesamtschau mit den übrigen im Grundgesetz verbürgten Grundrechten.

---

1) BVerwG NJW 67, 1191
2) v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 2; Füßlein, Versammlungsgesetz, § 1 Anm. 3 a; ders. in Die Grundrechte, Bd. II, S. 443; Potrykus, Vereins- und Versammlungsfreiheit, V 55, S 1 Anm. 3; Die Polizei 1964, 144; Möhrle, Recht und Politik 1969, 60, 61
3) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnrn. 40, 42; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 24; Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl., S. 127; Hoffmann, JuS 67, 393, 397; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 13; NJW 69, 454; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rdnr. 7; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, S. 21, 22
4) vgl. etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Nachdruck 1960, S. 566; Delius in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. II, S. 143

Auch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, das mit dem der Versammlungsfreiheit eng verwandt ist, bezieht sich auf sämtliche Lebensbereiche. Ebenso ist das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nicht auf politische Vereinigungen beschränkt.[1)]
Schwer wiegt auch die Gefahr von Versuchen, gewisse Angelegenheiten als "nicht-öffentlich" zu bestimmen und der Garantie des Art. 8 GG zu entziehen.[2)] Auch wenn hier Art. 2 Abs. 1 GG eingriffe, erschiene doch eine solche Abwertung gewisser Versammlungen gefährlich. Richtigerweise kann daher die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit in diesem Sinne "öffentlich" ist, nur ohne Einfluß einer staatlichen Stelle getroffen werden.

Unter einer "Versammlung" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG hat man somit eine Zusammenkunft von mindestens zwei Personen an einem gemeinsamen Ort zu dem gemeinsamen Zweck, bestimmte Angelegenheiten gemeinsam zu erörtern, zu beraten oder kundzugeben, zu verstehen.

c) Spontanversammlung

Nach Art. 8 Abs. 2 GG kann das Grundrecht der Versammlungsfreiheit für Veranstaltungen im Freien durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden.
Aufgrund dieser Ermächtigung hat das Versammlungsgesetz in § 14 die Anmeldepflicht derartiger Veranstaltungen festgelegt und sie dem "Veranstalter" zur Pflicht gemacht.
Die Anmeldepflicht kann mit Rücksicht auf Art. 8 GG aber nicht auf solche Versammlungen ausgedehnt werden, die spontan, einer plötzlichen Eingebung folgend, also ohne vorherige Einladung, Bekanntmachung oder sonstige Absprache gebildet werden.[3)]

---

1) vgl. etwa v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 9 Rdnr.31
2) Zumal Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, weil das "Öffentliche" kein gegenständlich fixierbarer "Sachbereich für sich ist", "sondern ein Modus" (Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 681). Potentiell können jeder Sachbereich und jedes Problem "öffentlich" werden.
3) zum Begriff der Spontanversammlung vgl. Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 57; Hoch, JZ 69, 18 f

Der Zweck einer Spontanversammlung würde durch eine Pflicht zur vorzeitigen Anmeldung vereitelt, und es würde damit eine ganz bestimmte Art von Versammlungen - nämlich die der notwendig in der augenblicklichen Situation verwurzelten Versammlungen - vollständig aus dem Schutzbereich des Art. 8 GG ausgeschlossen werden. Damit wäre der Wesensgehalt, Art. 19 Abs. 2 GG, der Versammlungsfreiheit angetastet.[1)]

Spontane und kurzfristig anberaumte Versammlungen sind echte Versammlungen und daher ebenfalls vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit geschützt, soweit objektive Umstände der Einhaltung der Anmeldefrist entgegenstehen und die Versammlung ihren Sinn und Zweck bei Beachtung der Anmeldevorschrift nicht erfüllen kann.[2)]

d) Aufzug

Hinsichtlich des Ortes der Versammlung ist es nicht erforderlich, daß die Versammlungen jeweils an dem Ort bleiben, an dem sie sich gebildet haben; denn Art. 8 GG schützt ebenfalls Versammlungen in der Form des Aufzuges (Schweige- oder Protestmarsch, Demonstration).[3)]

Der spezifische gemeinsame Zweck ist der Demonstrationszweck, die Aufmerksamkeit des Publikums in öffentlichen oder privaten Angelegenheiten auf sich zu lenken.

Wie sich der Aufzug fortbewegt, ob mit Kraftfahrzeugen oder zu Fuß, und in welchem Raum die Fortbewegung erfolgt, ist ohne Belang.

---

1) Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 11

2) BVerwG NJW 67, 1191, 1192; LG Berlin KritJ 69, 193; BayObLG NJW 70, 479; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 47; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 1; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 22; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S.55, 57; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 10 f; Ossenbühl, Der Staat 1971, 53, 59 f; Hoffmann, JuS 67, 393, 398; Merten, MDR 68, 621, 624; Frowein, NJW 69, 1081, 1084 f; Hoch, JZ 69, 18, 20

3) v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 5; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 36; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 49; Hoffmann, JuS 67, 393, 397; Potrykus, Vereins- und Versammlungsrecht, V 55, § 1 Anm. 5

2. "friedlich" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG

Art. 8 GG erstreckt sich, schon seinem Wortlaut nach, nicht auf jede Versammlung schlechthin, sondern beschränkt seine Anwendung auf Versammlungen, die "friedlich" und "ohne Waffen"[1] abgehalten werden.

Das Merkmal der Friedlichkeit bezieht sich sowohl auf den äußeren Verlauf, das Verhalten der Versammlungsteilnehmer, als auch auf den Zweck der Versammlung. Es sind also auch Demonstrationen mit friedlichen Mitteln, aber zu unfriedlichen Zwecken ausgeschlossen. Denn der öffentliche Friede wird nicht nur durch eine Versammlung mit unfriedlichem Verlauf, sondern womöglich noch stärker durch eine disziplinierte Versammlung bedroht, die unfriedliche Zwecke verfolgt.[2]

a) Vorrang des Verfassungsrechts

Das Grundgesetz selbst hat den Begriff "friedlich" nicht definiert, sondern aus Art. 123 WRV übernommen.
In der Zeit der Weimarer Reichsverfassung wurde überwiegend die Friedlichkeit unter Bezug auf die Strafgesetze definiert. Bei einem Verstoß gegen Strafgesetze sollte es sich nicht mehr um eine "friedliche" Versammlung handeln.[3]

1) "Waffen" sind alle Waffen im technischen und untechnischen Sinn. Bei den letzteren muß zu ihrem bloßen Vorhandensein ein konkreter Wille zu ihrer Anwendung als Waffe hinzukommen. Vgl. etwa v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 30; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 4; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 52.
Nicht zu den "Waffen" gehören daher z.B. geschleuderte Tomaten, Eier oder ähnliche Wurfgeschosse, denn sie sind zur Beibringung von Verletzungen nicht bestimmt. Zu den Waffen im untechnischen Sinne zählen aber geworfene Steine.

2) Merten, MDR 68, 621, 622; Füßlein in Die Grundrechte, Bd. II, S. 447

3) vgl. etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Nachdruck 1965, Art. 123 Anm. 4 d

Heute gehen Rechtsprechung[1] und Schrifttum[2] überwiegend von der Umschreibung "gewalttätiger und aufrührerischer Verlauf" der §§ 5 Ziff. 3 und 13 Abs. 1 Ziff. 2 VersG aus, wobei der Begriff "gewalttätig" im Sinne des strafrechtlichen Gewaltbegriffs verstanden wird.

Es wird also die Reichweite des Grundrechts der Versammlungsfreiheit im Lichte der Strafgesetze, das Grundgesetz als höherrangiges Gesetz nach Maßgabe eines einfachen Gesetzes, interpretiert. Es geht dann nicht mehr um die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, sondern um die Gesetzmäßigkeit der Verfassung.[3]
Die einfachen Gesetze sind vielmehr im Lichte der Verfassung anzuwenden. Die Verfassung bildet als Entscheidung für eine bestimmte Ordnungsfunktion eine innere Einheit, so daß sich die verfassungsrechtliche Begriffsbildung zunächst aus ihr selbst ergeben muß. Dies gebietet der Vorrang des Verfassungsrechts.[4] Angesichts des komplexen Inhalts verfassungsrechtlicher Begriffe und der Notwendigkeit, sie durch Gesetze zu entfalten[5], darf bei der Interpretation der Grundgesetznormen das einfache Gesetz nicht völlig außer acht gelassen werden.[6] Doch sind die

---

1) vgl. etwa BayObLG NJW 69, 1127, 1128
2) v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Art. 8 Anm. III 4 a; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 29; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 56; Füßlein in Die Grundrechte, Bd. II, S. 446 f; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rdnr. 46; § 5 Rdnr. 25; Hoffmann, JuS 67, 393,397
3) Ott, Versammlungsrecht, § 5 Rdnr. 11; Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 33; Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 64, 201 f; Schulze-Fielitz, Blätter für deutsche und internationale Politik 1971, 191, 199; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 141, 144; Tiedemann, JZ 69, 717, 722
4) BGH NJW 72, 1366, 1367; BGHSt 23, 46, 49; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 123; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, S. 64; Tiedemann, aaO.; Schulze-Fielitz, aaO.; Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 114 FN 11; Ballerstedt, JZ 73, 105, 106; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 141, 144; VerwArch 64 (1973), 197, 199
5) Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, S. 130
6) zur interpretativen Wechselwirkung von Verfassungsrecht und Gesetz vgl. BVerfGE 7, 198, 208; 20, 162, 177; 21, 271, 281, 287

Grundrechte zunächst aus ihrer Bedeutung und Funktion, sowie aus ihrem systematischen Zusammenhang zu interpretieren, und zwar so, daß sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung vereinbar sind.[1)]

Der Begriff "friedlich" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG und damit die Tragweite des Grundrechts der Versammlungsfreiheit ist also aus dem Grundgesetz selbst zu entnehmen, insbesondere aus der Funktion der Versammlungsfreiheit sowie aus ihrem systematischen Zusammenhang mit den anderen von der Verfassung gewährleisteten Grundrechten.[2)]

Art. 8 GG ergänzt die Meinungsfreiheit nach der kollektiven Seite hin, schützt also den Vorgang der kollektiven Meinungskundgabe ebenso wie den des kollektiven Meinungsempfangs und dadurch die kollektive Meinungsbildung. Aufgrund dieses engen Zusammenhangs zwischen Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 1 GG ist letzterer für die Auslegung des Art. 8 GG von entscheidender Bedeutung.[3)]

b) Funktion des Art. 5 Abs. 1 und des Art. 8 GG

Art. 5 Abs. 1 GG verbürgt die geistige Auseinandersetzung und Diskussion.
Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte.
Darüber hinaus ist es für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend, indem es den geistigen Kampf, die freie Auseinandersetzung der Ideen und Interessen gewährleistet, die für das Funktionieren dieser Staatsordnung lebensnotwendig ist.[4)]

---

1) BVerfGE 1, 14, 32; 7, 198, 205; 19, 206, 220; BVerfG NJW 71, 275, 277
2) BGH NJW 72, 1366, 1367; Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127
3) Maul, JR 70, 81, 84; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 5; Merten, NJW 70, 1025, 1026; Frowein, NJW 69, 1081; Hoffmann, JuS 67, 393, 397
4) so BVerfGE 7, 198, 208; vgl. auch BVerfGE 5, 85, 205; 10, 118, 121; 11, 113, 125; 20, 162, 174; BVerfG NJW 69, 1161, 1162

Jedem Staatsbürger ist durch Art. 5 Abs. 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teilzunehmen. Nach dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes ist der Staatsbürger in der Möglichkeit zur Einwirkung auf den politischen Prozeß der Meinungs- und Entscheidungsbildung nicht nur auf Wahlen beschränkt, sondern sein "Recht auf Teilhabe an der politischen Willensbildung" äußert sich auch "in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung".[1] Die Meinungsäußerung soll aber nur durch die Überzeugungskraft der verfochtenen Meinung wirken; nur der geistige Kampf der Meinungen wird gewährleistet.[2] Ein aggressiver Einsatz wirtschaftlicher Machtmittel oder gar tätlicher Gewalt wird durch Art. 5 Abs. 1 GG nicht gedeckt.[3]

Auch das in Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistete Versammlungsrecht dient der Verwirklichung und Erhaltung des Kommunikationsprozesses und damit der Realisierung des Rechts der Teilnahme an der politischen Willensbildung.[4] Doch handelt es sich im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 GG um ein Kollektivrecht, das in der Regel dadurch ausgeübt wird, daß die Versammlungsteilnehmer durch körperliche Anwesenheit, durch Mitgehen oder Mitlaufen für einen bestimmten Zweck werben.[5] Zwischen einer individuellen Meinungsäußerung und einer Kollektivaussage durch eine Demonstration besteht ein Unterschied nicht nur in der Wirkungsweise - die individuelle Meinungsäußerung soll allein durch die Überzeugungskraft der verfochtenen Meinung wirken, während die in der Demonstration liegende Kollektivaussage eine zusätzliche Wirkung aus dem Kundgebungswillen derer erhält, die sich durch ihre Beteiligung an der gemeinsamen Meinungskundgabe deren Inhalt zu eigen machen[6] - sondern auch darin, daß bei einer Demonstration die

---

1) BVerfGE 8, 51, 68; vgl. auch Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., S. 78 ff, 129 ff; Hoffmann, JuS 67, 393, 394
2) In diesem Rahmen hat das BVerfG sogar strafbare Handlungen (Beleidigung) als (durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung im Rahmen des § 193 StGB) gerechtfertigt angesehen. Vgl. BVerfGE 12, 113, 131
3) BVerfG NJW 69, 1161, 1162
4) Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 28 f
5) Erichsen, VerwArch 64 (1973), 197, 199
6) BGH NJW 72, 1366, 1367

Meinungsäußerung unter Einsatz körperlichen Verhaltens - körperliche Anwesenheit, Mitgehen, Mitlaufen usw. - erfolgt. Dieses zusätzliche Element gehört zur Wesensgehaltgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG, der Versammlungsfreiheit.[1] Der Einsatz des Körpers als Mittel der Meinungsäußerung in der Masse ist daher nicht "per se" "unfriedlich".[2] Entscheidend kann daher nicht die Formel von der "rein geistigen Wirkung" sein, die leicht zur Leerformel wird. Wegen dieses zusätzlichen Elements ist das Versammlungsrecht in Art. 8 GG auch neben dem Recht der freien Meinungsäußerung verankert.

c) Beeinträchtigung der Rechte Dritter

Die Ausübung des Demonstrationsrechts führt grundsätzlich dazu, daß andere an der Demonstration nicht beteiligte Personen behindert werden..
Bei einer solchen Behinderung ist eine Demonstration aber noch nicht unbedingt als "unfriedlich" anzusehen. Wann dies der Fall ist, kann sich wiederum nur aus der Funktion und Bedeutung des Art. 8 Abs. 1 GG ergeben.
Art. 8 Abs. 1 GG soll "die für das Funktionieren der freiheitlichen Demokratie unabdingbare öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeinem Interesse und staatspolitischer Bedeutung gewährleisten", also einen Kommunikationsprozeß ermöglichen.[3] Diese Funktion kann aber nicht erfüllt werden, wenn die Möglichkeit, die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen, ausgeschlossen ist. Es muß daher die Möglichkeit der Kommunikation mit anderen bestehen, d.h. es muß gewährleistet sein, daß die kollektive Meinungsäußerung überhaupt zu einer Meinungsbildung und zur allgemeinen Diskussion führen kann.[4]

---

1) Merten, AfP 72, 354, 355
2) Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 141, 146
3) BGH NJW 72, 1366, 1367; Luhmann, Grundrechte als Institutionen, S. 84 f
4) Erichsen, VerwArch 64 (1973), 197, 199; Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 143, 146

Eine Demonstration kann die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit aber nur erregen und damit die Funktion des Art. 8 Abs. 1 GG erfüllen, wenn sie etwa in belebten Zeiten im Stadtzentrum stattfindet.
Eine wirksame Betätigung der Versammlungsfreiheit führt daher in zahlreichen Fällen, besonders bei einem Demonstrationszug durch enge Straßen, dazu, daß Unbeteiligte in ihrer Bewegungsfreiheit behindert oder ihr Interesse, von den Auswirkungen einer Versammlung unbehelligt zu bleiben, in anderer Weise berührt wird. Der Umsatz der Gewerbebetriebe kann an den von Demonstrationen berührten Straßen zurückgehen. Weitere wirtschaftliche Nachteile können sich durch polizeiliche Absperrmaßnahmen und Verkehrsstauungen ergeben.
Solche Behinderungen müssen jedoch in einem bestimmten Umfang hingenommen werden. Der Wesensgehalt des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG würde nämlich angetastet, wenn die Versammlungsfreiheit auf das Recht verkürzt würde, gleichsam nur "unter Ausschluß der Öffentlichkeit", etwa weit außerhalb der Stadt auf einem ordnungsgemäß gepachteten Grundstück zu demonstrieren.[1)]
Letztlich erfolgt ja jede Grundrechtsausübung in gewissem Maße auf Kosten des Freiheitsraumes anderer.[2)]

Die bei der Bestimmung der Grenzen der hinzunehmenden Behinderungen immer wieder herangezogene Unterscheidung danach, ob die Behinderungen Dritter die notwendige Folge der Ausübung des Demonstrationsrechts ist oder von den

---

1) Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127; Hoffmann, StuKVw 67, 230, 234; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 32; MDR 68, 621, 625; Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 115; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 36; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S.41; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 4, 6; Schulze-Fielitz, Blätter für deutsche und internationale Politik 1971, 191, 201; Erichsen, VerwArch 64 (1973), 197, 199; Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 141, 146; Tiedemann, JZ 68, 717, 723; Frowein, NJW 69, 1081, 1084; Schwark, NJW 69, 1495, 1496
2) Tiedemann, JZ 69, 717, 719

Demonstranten zielgerichtet herbeigeführt wird[1], ist wenig ergiebig.

Legitimiert die Ausübung des Demonstrationsrechts um seiner Effektivität willen durchaus Beeinträchtigungen Dritter und dürfen diese daher in einem bestimmten Umfang gerade um der Wirksamkeit der Demonstration willen auch angestrebt werden[2], so wird klar, daß dieses Kriterium die Frage nach dem erlaubten Maß der Behinderungen Dritter nicht beantworten kann.

Unbeteiligte Dritte haben Behinderungen durch eine Demonstration nicht in unbeschränktem Ausmaß hinzunehmen.

Nach dem Menschenbild des Grundgesetzes ist der Mensch eine eigenverantwortliche Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet.[3] Aufgrund der Gemeinschaftsverflochtenheit und -gebundenheit ergeben sich notwendig Bindungen der Freiheit. Die Grundrechtsnormen gelten daher niemals uneingeschränkt, sondern jedes Grundrecht hat gewisse Grenzen, die diesem "immanent" sind, d.h. die sich zwangsläufig aus ihm ergeben. Diese Grenzen hat das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Hinweis auf "die Rechte anderer", "die verfassungsmäßige Ordnung" und das "Sittengesetz" umschrieben.[4]

---

1) BGH NJW 69, 1770, 1773; BGH NJW 72, 1366, 1368; BayObLG NJW 69, 1127; Schwark, NJW 69, 1495, 1496; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 24; Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 4; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 128 f; Tiedemann, JZ 69, 717, 722; Schönke-Schröder, StGB, § 240 Anm. 24 b

2) Baumann/Frosch, JZ 70, 113, 115 (FN 13); Erichsen, VerwArch 64 (1973), 197, 200; Eilsberger, JuS 70, 164, 168.

3) BVerfGE 4, 7, 15 f; 7, 198, 205; 24, 119, 144; 27, 1, 7; 30, 173, 193; BVerfG NJW 72, 327, 329

4) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Rdnrn. 12 f, 69 ff, 73; Fechner, Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, S. 3; Uhlitz, NJW 67, 129, 130; Scheuner, DÖV 56, 65, 69; Raiser, JZ 58, 1, 5.
Nach Eike von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 25 f, gilt jede Grundrechtsnorm nur, "wenn und soweit dem geschützten Freiheitsinteresse keine höherwertigen Interessen (Rechtsgüter) entgegenstehen. ... Jedes Grundrecht findet seine natürliche (immanente) "Grenze" an höherwertigen Interessen (Rechtsgütern)".

Beschränkungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit ergeben sich also in Form der "immanenten" Grundrechtsschranken des Art. 2 Abs. 1 GG.[1)]
Um den Wertekonflikt zwischen der Versammlungsfreiheit und den "Rechten anderer" zu lösen, muß der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gegen die "Rechte anderer" aufgrund einer Güterabwägung so abgegrenzt werden, daß beide sich entsprechend dem ihnen in der Verfassung zugewiesenen Stellenwert zu optimaler Wirkkraft entfalten können.[2)]

d) Güterabwägung zwischen Art. 2 Abs. 1 und Art. 8 GG

Wird ein Unternehmer in seiner wirtschaftlichen Betätigung durch Demonstranten behindert, so geht es um das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit, das sich auch auf die wirtschaftliche Betätigung erstreckt[3)], einerseits und um das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit andererseits.
Unternehmer und Demonstranten können sich im Verhältnis zueinander aber nicht auf Grundrechte, sondern nur auf Privatrechte berufen.[4)]

Wird ein Unternehmer in seiner wirtschaftlichen Betätigung behindert, so wird er zivilrechtlich in seinem

---

1) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 77 f; v. Münch in Bonner Kommentar, Art. 8 Rdnr. 31; Hamann, Grundgesetz, Art. 8 Anm. 6; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 314; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 43; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 142, 146; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 25/26; MDR 68, 621, 623; Hoch, JZ 69, 18, 19; Melzer, Die demokratische Gemeinde 1969, 1166; Wusowski, Vorgänge 1970, 242, 243; Zeidler, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 3, 8; Vogel, Aus Politik und Zeitgeschichte 1968, 3, 11

2) BVerfGE 7, 198, 205; 12, 113, 124; 20, 162, 176; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Einl. Anm. IV 7 a; Vorbem. A VI vor Ziff 1; A VI 4 a; Frowein, NJW 69, 1081, 1084; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie, S. 31 f, 188f, 202 f; Gallwas, Der Mißbrauch der Grundrechte, S. 42; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28 f, 125 f

3) BVerfGE 6, 32, 41; 6, 389, 433; 7, 111, 119; 9, 3, 11; 9, 83, 88; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Rdnr. 46

4) s. oben S. 235 ff, 238 f

"Recht am Gewerbebetrieb" beeinträchtigt.

Das Verhalten der Demonstranten stellt sich als Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit dar[1], die zivilrechtlich durch das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" geschützt ist. Es enthält das Recht eines jeden auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit.[2] Zur Entfaltung der individuellen Persönlichkeit zählt auch die freie politische Betätigung als Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit[3] sowie die Ausübung der durch die Grundrechte bestimmten Freiheiten.[4]

Zivilrechtlich stehen sich das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" und das "Recht am Gewerbebetrieb" gegenüber.
Im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung ist das Verhalten der Demonstranten, das sich privatrechtlich als Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt und sich unter dem Blickwinkel staatlicher Eingriffsmöglichkeit als Ausübung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit erweist, gegen das Interesse des Unternehmers, das zivilrechtlich durch das "Recht am Gewerbebetrieb" und grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG, Entfaltungsfreiheit des Unternehmers, geschützt ist, so abzugrenzen, daß die Interessengegensätze sich entsprechend dem ihnen in der Verfassung zugewiesenen Stellenwert zu optimaler Wirkkraft entfalten können.
Die Maßstäbe für die Interessenabwägung bestimmen sich allein nach der objektiven Wertordnung der Verfassung.[5]

aa) abstrakte Abwägung

Im Schrifttum[6] hat man versucht, Grundrechte in abstracto gegeneinanderzuhalten, in ihrer Werthöhe abzuschätzen

---

1) Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 16
2) s. oben S. 187
3) Staudinger-Coing, BGB, Vorbem. zu § 1 Rdnr. 1
4) Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 420
5) BVerfGE 7, 198, 205, 215
6) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 391 f; Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 42; Dietel, DVBl 69, 569, 575 f; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 123 f; Berg, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte, S. 108 ff; Eike von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 49

und in eine Wertrangordnung zu bringen, um auf diese Weise bestimmte Grundrechtskollisionen von vornherein abstrakt-generell zu lösen. Erst bei Gleichwertigkeit der Grundrechte soll im konkret-individuellen Konfliktsfall eine Güterabwägung stattfinden.

Als Vergleichsmaßstab hat man die Nähe des Grundrechts zum Grundwert der Menschenwürde angesehen.[1)]
Aus der unterschiedlichen Nähe der einzelnen Grundrechte zum Grundwert der Menschenwürde läßt sich eine Rangordnung nicht ermitteln. Die Fixierung des Bezugswertes der Menschenwürde ist kaum faßbar.[2)] Auch kann man aus der Nähe zum Grundwert höchstens die Feststellung ableiten, daß das "Recht auf Leben" an erster Stelle steht. Das hilft bei der Ermittlung einer Wertrangordnung nicht weiter.

Als ein weiterer Maßstab soll die Beziehung der Grundrechte zu anderen tragenden Verfassungsgrundsätzen, etwa zum Demokratiegebot, dienen.[3)]
Die Versammlungsfreiheit ist zwar ein "zur Realisierung der Volkssouveränität konstitutives Grundrecht"[4)] und damit ein wesentliches Element des Demokratiegebots[5)], aber dieses Grundrecht steht in wechselseitiger Interdependenz zu anderen Grundrechtsgewährleistungen, denen ein gleich hoher Stellenwert zukommt, wie etwa der Presse- und Vereinigungsfreiheit, dem Petitionsrecht usw.[6)] Andere Grundrechte wie etwa die Berufs- und Gewerbefreiheit und die Garantie des Eigentums sind Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips[7)], das als grundlegende Verfassungsnorm[8)] dem Demokratiegebot gleichrangig gegenübersteht.[9)]

---

1) Dietel, DVBl 69, 569, 575; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 123 f
2) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnrn. 18 f
3) Dietel, DVBl 69, 569, 576; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 124 f
4) Dietel, DVBl 69, 569, 576
5) BVerfGE 20, 56, 98
6) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 2; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 22
7) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 Rdnr. 70
8) "eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes", so BVerfGE 2, 380, 403; 20, 323, 331
9) zum Verhältnis Demokratiegebot - Rechtsstaatsprinzip vgl. Kägi, Festschrift für Giacometti, S. 107, 132 f; Forsthoff, BB 65, 381, 383; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 10 II 2

Die einzelnen Grundrechte können zwar zu verfassungsstrukturellen Grundnormen in Beziehung gebracht werden und als Bestandteile grundgesetzlicher Konstruktionsprinzipien erfaßt werden, aber eine für die Auslegung der Grundrechte brauchbare Wertrangordnung abstrakt vorgestellter Grundrechte wird dadurch nicht erreicht.

Ferner wird die unterschiedliche Einschränkungsmöglichkeit aufgrund der den Grundrechten beigefügten Gesetzesvorbehalte als Maßstab herangezogen.[1)]
Voraussetzung einer Bewertung der Grundrechte nach Maßgabe der Schranken ist, daß das Grundgesetz ein "Schrankensystem" aufgestellt hat. Das Grundgesetz hat wohl "einen Schrankenwirrwarr angerichtet, aber kein Schrankensystem errichtet". Es ist daher hoffnungslos, "die Schranken der Grundrechte allein und befriedigend aus dem Wortlaut des Grundgesetzes selbst zu ermitteln. Ebenso ausgeschlossen ist es, ein Schrankensystem oder eine Schrankenlehre zu erarbeiten, die mit den Vorschriften und Formeln des Grundgesetzes völlig übereinstimmt." [2)]
Ein Vergleich der Schranken des Art. 8 Abs. 1 GG mit denen des Art. 9 Abs. 2 GG zeigt Regelungsunterschiede, die sich schwerlich in ein System einordnen lassen. Warum sind nach dem Wortlaut des Grundgesetzes zwar Vereinigungen, nicht aber Versammlungen, die "den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten", verboten?

Die Abstufung der den Grundrechten beigefügten Gesetzesvorbehalte bietet ebenfalls keinen Maßstab für eine Rangordnung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter. Die realen Erfordernisse zu Freiheitsbeschränkungen bei vorbehaltsbehafteten und vorbehaltsfreien Grundrechten sind völlig gleich.[3)]

---

1) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 392; Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 42
2) Bettermann, Grenzen der Grundrechte, S. 3
3) Schwabe, NJW 73, 1818

bb) konkrete Abwägung

Es gibt somit eine Grundrechtsordnung wohl als Wertordnung, nicht aber als Wertrangordnung.
Eine Rangabstufung der Grundrechte im absoluten Sinne muß auch daran scheitern, daß eine Rechtsgüterabwägung nicht dazu führen darf, ein Grundrecht dem anderen aufzuopfern; vielmehr muß Ziel dieser Abwägung sein, den miteinander kollidierenden Grundrechten einen angemessenen Geltungsraum zu sichern.[1)]

Zu den sich aus der Kollision zwischen der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG und der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Entfaltungsfreiheit des Unternehmers ergebenden Abwägungsproblemen wird meist Bezug auf die Grundsätze genommen, die das BVerfG hinsichtlich Unternehmensbeeinträchtigungen durch individuelle Meinungsäußerung aufgestellt hat.

Im Lüth-Urteil[2)] bezeichnete das BVerfG zwar das Grundrecht der freien Meinungsäußerung einerseits als "unmittelbarsten Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft", als "eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt", andererseits aber auch als "für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend".
Für die Frage, ob eine Boykottaufforderung gegen die guten Sitten verstoße, sei entscheidend, ob die gegen das Rechtsgut eines Dritten gerichtete Äußerung in Verfolgung eigennütziger Ziele im privaten Verkehr falle oder ob es sich "um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten" handele.[3)]

---

1) BVerfG NJW 70, 1729, 1730; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 538; NJW 55, 201, 203; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 392; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 38 ff, 41 ff; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 31 f, 188 f, 202 f; Arndt, NJW 66, 871, 872; Achterberg, Der Staat 8 (1969), 159, 174 f
2) BVerfGE 7, 198, 208
3) BVerfGE 7, 198, 212

Im Blinkfüer-Urteil[1] führt das BVerfG aus, daß ein Boykottaufruf, wenn ihm eine bestimmte Meinungskundgabe zugrunde liege, durch Art. 5 Abs. 1 GG insbesondere dann geschützt sei, "wenn er als Mittel des geistigen Meinungskampfes in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage eingesetzt wird, wenn ihm also keine private Auseinandersetzung, sondern die Sorge um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange der Allgemeinheit zugrunde liegt".[2]
Das BVerfG betont nur noch ausschließlich die Funktion der Meinungsfreiheit für die freiheitliche Demokratie. Von dem menschenrechtlichen Bezug des Art. 5 Abs. 1 GG ist nicht mehr die Rede. Ergebnis dieser Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG ist, daß demjenigen, der von dem Grundrecht um der Allgemeinheit willen Gebrauch macht, ein größerer Freiheitsraum zur Verfügung steht. Die Grundrechtsausübung zum Zwecke privater Auseinandersetzung erscheint danach weniger berechtigt.

Eine derartige funktionale Interpretation des Grundrechts der Meinungsfreiheit führt zu einer unterschiedlichen Wertung der Motive des Freiheitsgebrauchs mit der Folge einer nach Art der Motivation unterschiedlichen Freiheitsumfangs. Art. 5 Abs. 1 GG kennt aber keinen Unterschied zwischen guten und weniger guten, wichtigen und unwichtigen, eigennützigen und nichteigennützigen, die Öffentlichkeit wesentlich berührenden und privaten Meinungen. Das Grundgesetz ist insoweit neutral.[3]

Eine Differenzierung des Freiheitsgebrauchs nach materiell-inhaltlichen Kriterien darf zu einer rechtlichen Bevorzugung keinen Anlaß geben.
Die von der Rechtsordnung dem Freiheitsgebrauch zum Schutze der Rechte Dritter und der Gemeinverträglichkeit

---

1) BVerfGE 25, 256, 264
2) Der BGH hat in seinem Bliknfüer-Urteil (NJW 64, 29, 31) ausschließlich auf das politische Anliegen abgestellt.
3) Lerche, Festschrift für Gebhard Müller, S. 197, 213; Ridder in Die Grundrechte, Bd. II, S. 243, 284; Arndt, NJW 64, 1310, 1312; Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 144

willen gezogenen Schranken gelten unbeschadet des Motivs und Zwecks der Grundrechtsausübung.[1]

Das Grundgesetz will Freiheit für jedermann im Sinne der "Fähigkeit, seine Auffassungen und sein Verhalten selbständig und eigenverantwortlich bestimmen zu dürfen"[2], ermöglichen. Die Grundrechte garantieren also dem einzelnen Freiheit in dem Sinne, daß er - soweit nicht Regeln des Rechts entgegenstehen - tun und lassen darf, was er will. Innerhalb ihrer rechtmäßigen Schranken ist die grundrechtlich geschützte Freiheit daher Freiheit des subjektiven Beliebens, von Rechts wegen nicht definierte Freiheit.[3]

Daß es in rechtlich relevantem Sinne keinen richtigen oder falschen, keinen mehr oder weniger wertvollen Freiheitsgebrauch gibt, folgt auch aus Art. 5 Abs. 3 Satz 2, 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG, wo lediglich in den Fällen, in denen die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit gebraucht wird, um die Ordnung, die eben diese Freiheit gewährt, zu bekämpfen, an die Motivation des Grundrechtsgebrauchs rechtliche Unterschiede geknüpft werden.

Eine rechtlich unterschiedliche Behandlung der Motivation individuellen Verhaltens, wie sie durch eine funktionale, auf die demokratische Staatsform bezogene Auslegung der Grundrechte erfolgt, bedeutet eine Bevorzugung des Politischen und damit zugleich eine Benachteiligung des Privaten, führt also zu einer Grundrechtsverkürzung auf der einen und zu einer Privilegierung auf der anderen Seite.[4]

Der Rechtsstaat kennt - wie auch die Demokratie[5] - aber keine Privilegien. Rechtsstaatliche Freiheit ist rechtlich gleiche Freiheit aller, allseitige persönliche Freiheit, bei der es dem Willen des einzelnen überlassen ist, in welche Richtung er seine Persönlichkeit zu entfalten, seine Interessen zu lenken wünscht.

---

1) Klein, Der Staat 10 (1971), 145, 165; Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspresse, S. 15
2) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 505; Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127
3) Podlech, AöR 88 (1963), 185, 199; F. Müller, Die Positivität der Grundrechte, S. 98
4) Klein, Der Staat 10 (1971), 145, 168
5) R. Thoma, Erinnerungsgabe für Max Weber, Bd. 2, S. 37, 39; Biedenkopf, JZ 65, 553; Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127

"Freiheit" in der rechtsstaatlichen Demokratie des Grundgesetzes ist unteilbar; sie ist zugleich private und öffentliche Freiheit.[1] Es ist daher weder die politische um der privaten Freiheit noch diese um jener willen gegeben. Freiheit ist um ihrer selbst willen, eben als Freiheit gewährleistet. Keine Art des Freiheitsgebrauchs besitzt einen rechtlich höheren Stellenwert als jede andere zulässige. Sie stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander.[2] Andernfalls wäre das für Rechtsstaat und Demokratie gleicherweise elementare Prinzip der rechtlichen Gleichheit aller durchbrochen.

Von Verfassungs wegen darf also zwischen politischen und unpolitischen Grundrechten weder generell differenziert und einzelnen Grundrechten ein höherer Rang zuerkannt noch darf im Einzelfall darauf abgestellt werden, ob der Freiheitsgebrauch politisch oder unpolitisch ist. Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG sieht für politische Demonstrationen keinen größeren Freiheitsraum als für unpolitische vor.

Auch kann sich daraus, daß mehrere oder viele einzelne zu gemeinsamer Aktion zusammentreten, kein qualitativer Umschlag im Sinne weitergehender Berechtigung ergeben. Der Demonstrant besitzt im Vergleich zu einzelnen, der für seine Meinung eintritt oder protestiert, keine Vorrechte.[3]

---

1) Hesse, Festgabe für Smend, S. 71, 86
2) Scheuner, DÖV 71, 505, 507; Bundesminister der Justiz, DRiZ 70, 125, 127; Heinze, DVBl 70, 716, 717, 722; Vogel, Aus Politik und Zeitgeschichte 1968, 3, 11; Eb. Schmidt, ZStrW 82 (1970), 1, 8; Guradze, ZRP 69, 6 f; Merten, AfP 72, 354, 355; NJW 70, 1625, 1629; Schweiger, JZ 70, 214
3) so schon RG JW 28, 1305 (zu Art. 123 WRV); BGH NJW 69, 1770, 1773; Tiedemann, JZ 69, 717, 719; Eb. Schmidt, ZStrW 82 (1970), 1, 7; Merten, MDR 68, 621, 623; Füßlein in Die Grundrechte, Bd. II, S. 448

e) "unfriedliche" Demonstrationsmittel

Bei der Abwägung zwischen der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG und der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Entfaltungsfreiheit des Unternehmers kommt es nicht auf das Maß der Gemeinwichtigkeit des verfolgten Anliegens an. Der konkrete Demonstrationszweck ist ohne Belang. Maßgeblich sind allein die zur Verfolgung des Zwecks angewandten Mittel. Diese müssen sich im Rahmen dessen halten, was notwendig ist, um die Möglichkeit der Kenntnisnahme einer Öffentlichkeit vom Anliegen der Demonstration herbeizuführen.
"Unfriedlich" im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG ist eine Demonstration also dann, wenn sie weiter als erforderlich, um den Kommunikationsprozeß auszulösen, auf die Interessen des Unternehmers einwirkt.

Zulässige Mittel sind Demonstrationsmarsch - unter Mitführen von Plakaten, Schildern, Spruchbändern usw. - , Verteilen von Flugblättern und Handzetteln sowie das bloße Ansprechen von Arbeitnehmern, Lieferanten, Kunden usw. des Unternehmers als Aufforderung zum Eintritt in eine Diskussion. Beim Zutreten auf diese Personen sind zwar psychologische Mittel unterschiedlichster Art möglich.[1] Sie können sich aber nur auf der Grundlage des einfachen Ansprechens auswirken. Die Beeinflussung durch Demonstranten darf also nicht über die Eröffnung eines Gesprächs hinausgehen. Unbeteiligte Dritte müssen sich durch bloßes Abwinken von der Annahme eines Handzettels oder weiterem Zureden bewahren und ihren Weg fortsetzen können.[2]

---

1) Reuß, ArbuR 69, 353; Hoffmann, JuS 67, 393, 397
2) Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 24; Zeidler, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 3, 8 f. Auch im Arbeitskampfrecht sind die Streikposten darauf beschränkt, durch gütliches Zureden und Appell an die Solidarität den Zugang Arbeitswilliger zu verhindern. Vgl. BAG AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BayOLG NJW 55, 1806; LAG Bayern, AmtsBl. ArbMin. 57, 1051; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 145; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 154; Kim, Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, S. 69; Schröder, BB 53, 1015, 1018

Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet nicht die Befugnis, Dritten eine Meinung aufzuzwingen oder sie auch nur zur Diskussion zu zwingen. Der Kommunikationsprozeß findet auch dann statt, wenn Dritte sich weigern, sich mit dem Anliegen der Demonstranten überhaupt auseinanderzusetzen.[1)]

Diese Freiheit der Entscheidung besteht für Dritte bei einer völligen Blockierung der Unternehmenszugänge oder des Straßenverkehrs durch einen "Sitzstreik" nicht mehr. Die Demonstranten beschränken sich nicht auf die Kundgabe ihres Anliegens, sondern hindern Dritte ohne Rücksicht auf deren Einverständnis am Weitergehen bzw. -fahren, um mit ihnen ungeachtet ihrer Bereitschaft zu diskutieren. Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet den Demonstranten nur die Möglichkeit, die Öffentlichkeit zu erreichen, also nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die Öffentlichkeit vom Anliegen der Demonstration. Zweck dieses Grundrechts ist es aber nicht, den Demonstranten Beachtung zu garantieren. Indem bei einem "Sitzstreik" eine deutlich erkennbare "Gasse" zum Passieren offen gehalten wird, ist eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter vermeidbar, ohne daß damit die Wahrnehmung des Versammlungsrechts ernstlich in Frage gestellt ist.
Bei einem "Sitzstreik", der den Verkehr völlig blockiert, handelt es sich um ein "unfriedliches" Demonstrationsmittel. Ein solches Verhalten ist daher rechtswidrig.[2)]

---

1) BayObLG NJW 69, 1127; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 5 Rdnr. 60

2) Die Zulässigkeit eines kurzfristigen Sitzstreiks bejahen dagegen: AG Bremen, JZ 69, 79, 80; LG Köln, JZ 69, 80, 82; AG Hannover, DRiZ 69, 90, 91; Säcker, ZRP 69, 60, 64; Vogel, Aus Politik und Zeitgeschichte 1968, 3, 17; Diederichsen/Marburger, NJW 70, 777, 780; Maul, JR 70, 81, 85; Erichsen, VerwArch 64 (1973), 197, 200. Nach AG Esslingen, JZ 68, 800, 801 (ähnlich AG Frankfurt, DRiZ 69, 94, 95; Janknecht, Goltd'A 1969, 33, 37) ist eine sich über 8 Stunden hinziehende Straßenblockade zur Verhinderung der Auslieferung einer Zeitung durch die Demonstrationsfreiheit gedeckt. Dagegen hat die Rspr der höheren Gerichte die Zulässigkeit eines "Sitzstreiks" durchweg verneint. Vgl. BGH NJW 69, 1770 f; BayObLG NJW 69, 63; 69, 1127; OLG Stuttgart NJW 69, 1543; OLG Karlsruhe NJW 70, 64; OLG Celle NJW 70, 206; OLG Köln NJW 70, 260; vgl. auch Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 24; Guradze, ZRP 69, 6; Ballerstedt, JZ 73, 105, 106

Mit Art. 8 Abs. 1 GG sind auch die Ansichten im Schrifttum nicht vereinbar, nach denen sogar gewaltsame Eingriffe in Rechtsgüter Dritter als rechtmäßig hinzunehmen sind, der betroffene Unternehmer insoweit im Interesse einer möglichst ungehinderten außerparlamentarischen Impulsbewegung ein "Demonstrationsrisiko" zu tragen hat.[1)]
Art. 8 Abs. 1 GG gibt kein Recht zu gewaltsamen Aktionen. Das Gewaltmonopol muß der Rechtsstaat für sich beanspruchen. Die Demonstranten haben fremdes Eigentum zu achten und sind auch nicht berechtigt, auf fremden Grundstücken ohne oder gegen den Willen des Eigentümers oder Besitzers zu demonstrieren.[2)]

Im Ansatz unrichtig ist daher auch die Auffassung, die die Anwendung physischer Gewalt und Sachbeschädigungen als Frage der Verhältnismäßigkeit ausgibt, auch wenn sie solche Demonstrationshandlungen für unverhältnismäßige Mittel hält.[3)]
Denn mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[4)] wird die Rechtmäßigkeit des angewandten Mittels zunächst vorausgesetzt.[5)] Die Anwendung physischer Gewalt und Sachbeschädigungen können aber niemals durch Art. 8 oder Art. 5 GG gedeckt sein. Es geht also nicht um die Verhältnismäßigkeit des Mittels, sondern um die davor liegende Frage eines Rechts zu dessen Anwendung.

3. Demonstration und Gewerbebetrieb

Die durch eine völlige Blockade der Unternehmenszugänge oder der Straße verursachten Unternehmensbeeinträchtigungen verpflichten also zum Schadensersatz.

---

1) Wiethölter, KritJ 70, 121, 136; für das Strafrecht vgl. Hannover, KritJ 68, 51, 58; Janknecht, Goltd'A 1969,33
2) Säcker, ZRP 69, 60, 64; Diederichsen/Marburger, NJW 70, 777, 780; Hoffmann, StuKVw 67, 261, 265; Maul, JR 70, 81, 85; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 5 f; Merten, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, 21, 26; AfP 72, 354, 355; NJW 70, 1625, 1627
3) Hoffmann, JuS 67, 393, 395; Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 120 f
4) zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vgl. Gentz, NJW 68, 1600 ff
5) Lorenz, AöR 95 (1970), 174, 178

Wird ein Unternehmen durch den Verlauf einer durch Art. 8 Abs. 1 GG gedeckten Versammlung beeinträchtigt, so fehlt es an einer rechtswidrigen Handlung. Für wirtschaftliche Nachteile infolge polizeilicher Absperrungen oder Verkehrsstauungen, für Umsatzrückgänge infolge Ausbleibens von Kunden haften die Demonstranten nicht.

Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit ermöglicht es, politische Impulse zur Geltung zu bringen, die nicht über die verfassungsrechtlich eingesetzten Institutionen artikuliert werden können. Die außerparlamentarische Betätigungsmöglichkeit für gesellschaftliche Gruppen, insbesondere für Minderheitsgruppen, die am institutionalisierten Prozeß der politischen Willensbildung nicht beteiligt sind bzw. die sich nicht daran beteiligt fühlen, ist also verfassungsrechtlich gewährleistet.
Für den zivilrechtlichen Konfliktsbereich zwischen Demonstranten und betroffenem Unternehmen ergibt sich somit, daß das Unternehmen das mit Demonstrationen in der Regel verbundene Maß an Behinderungen hinzunehmen hat, soweit das Verhalten der Demonstranten durch Art. 8 Abs. 1 GG gedeckt ist.

I. Gesamtschuldnerische Haftung, §§ 830, 840 BGB

Eine Mehrzahl von Demonstranten bildet deliktsrechtlich keine mit Handlungsfähigkeit ausgestattete Einheit, denn das Deliktsrecht des BGB kennt eine Gesamthandlung einer Mehrzahl von Personen nicht.[1)]
Wenn mehrere Demonstranten schadenstiftende rechtswidrige Demonstrationsaktionen begehen, so muß deliktsrechtlich bei jedem Handelnden jede einzelne unerlaubte Handlung für sich beurteilt werden.

In aller Regel wird es aber dem geschädigten Unternehmer schwer möglich sein, einige der Teilnehmer an den Schädigungshandlungen zu identifizieren. Aber selbst wenn ihm das gelingt, wird er kaum in der Lage sein, nachzuweisen, inwieweit der Schaden von dem einen oder anderen Beteiligten verursacht ist.
Indes braucht dieser Beweis vom Geschädigten nicht erbracht zu werden. Waren an der Entstehung eines Schadens mehrere Personen verursachend beteiligt, so ist jeder von ihnen ohne Rücksicht darauf, inwieweit der Schaden gerade durch seine rechtswidrige Handlung verursacht oder mitverursacht wurde, für den insgesamt entstandenen Schaden verantwortlich, § 830 BGB. Die Verantwortlichkeit jedes einzelnen Demonstranten ist also nach den jeweils in Betracht kommenden Deliktsnormen in Verbindung mit § 830 BGB zu bestimmen.

§ 830 BGB enthält zwei in ihren Voraussetzungen grundverschiedene Formen der "Beteiligung".
§ 830 Abs. 1 Satz 1 BGB betrifft den Fall, daß mehrere Personen durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung den Schaden verursachten. Diesen Mittätern werden nach Abs. 2 Anstifter und Gehilfen gleichgestellt.

---

1) Gernhuber, JZ 61, 148, 150; Bydlinski, JBl. 59, 1, 6; Ballerstedt, JZ 73, 105, 107; Kollhosser, JuS 69, 510, 513.
Auch strafrechtlich ist es nicht möglich, eine Mehrzahl von Personen als Einheit für ihr Verhalten zu bestrafen; das Kollektivverhalten muß für die rechtliche Betrachtung in Individualverhaltensweisen zergliedert werden. Vgl. Tiedemann, JZ 68, 761, 762

§ 830 Abs. 1 Satz 2 BGB regelt den Fall, daß mehrere, ohne in der vorbezeichneten Art gemeinschaftlich zu handeln, durch jeweils selbständige schuldhaft rechtswidrige Setzung einer Schadensursache an der Entstehung des Schadens "beteiligt" waren und sich nicht ermitteln läßt, welcher der Beteiligten den Schaden durch seine Handlung, die geeignet war, den eingetretenen Gesamtschaden[1] zu verursachen, wirklich herbeigeführt hat.

I. Mittäter und Gehilfen, §§ 830 Abs. 1 Satz 1, § 830 Abs. 2 BGB

1. bei geplantem unfriedlichem Verlauf

Waren bei der Demonstration unerlaubte Handlungen von vornherein geplant, so haften diejenigen Demonstranten als Mittäter, die sich bewußt und gewollt an den geplanten Aktionen beteiligten.[2]

Dazu ist nicht unbedingt eine eigenhändige Beteiligung an der Ausführung selbst erforderlich; denn Grundlage der

---

1) Eine analoge Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Fall, daß eine unbestimmte Anzahl von Tätern erwiesenermaßen jeweils Teilschäden verursacht hat, ist bisher abgelehnt worden. Vgl. OLG Bamberg NJW 49, 225; OLG Koblenz AcP 150, 453 f; OLG Braunschweig JR 51, 658; OLG Hamburg MDR 56, 676 f; BGH NJW 73, 993, 994; Gernhuber, JZ 61, 148, 149; Deubner, JuS 62, 383, 384; Staudinger-Schäfer, BGB, § 830 Rdnr. 20.
Sieht man in § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich eine Umkehr der Beweislast, so ist diese Ansicht zwingend. Für eine solche ist nämlich nur dort Raum, wo die vermutete Tatsache, die Verursachung des gesamten Schadens, überhaupt möglich ist.
Bei einer Teilverursachung ist nur eine Haftung nach § 823 BGB möglich, soweit der von dem einzelnen Täter verursachte Teilschaden - gegebenenfalls mit Hilfe des § 287 ZPO - festgestellt werden kann.

2) RG WarnR 1929 Nr. 144; BGHZ 8, 288, 292; 17, 327, 333; 30, 203, 206; BGH VersR 60, 540; 67, 471, 473; BGH NJW 72, 40, 41; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 830 Rdnr. 4; Staudinger-Schäfer, BGB, § 830 Rdnr. 3 f; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 68 I a; Esser, SchuldR BT, 3. Aufl., § 112 I 1 a

Verantwortlichkeit jedes der Beteiligten für die Gesamttat ist das bewußte und gewollte Zusammenwirken.[1] Jeder Täter muß also den Willen haben, durch seine Handlung zugleich dieselbe Tat zu verwirklichen, auf die der Wille der anderen gerichtet ist.[2] In welchem Maße er dabei tätig wird und zum Erfolg beiträgt, ist unerheblich.[3]
Der Wille, gemeinsame Sache mit den anderen zu machen, muß sinnfällig bekundet sein, was im Hinblick auf Eigenart und Zweck einer Demonstration nur durch persönliche Anwesenheit geschehen kann, und zwar durch gemeinsames Auftreten in der Öffentlichkeit.[4]
Mittäter ist also nicht derjenige, dessen Mitwirkung sich auf die Beteiligung an Vorbesprechungen, Abstimmungen usw. beschränkt. Ebensowenig derjenige, der sich in Kenntnis der geplanten unerlaubten Handlungen zum Ausführungsort begibt, aber spätestens dort von der Ausführung des Planes Abstand nimmt und z.B. umkehrt. Hierdurch gibt er erkennbar zum Ausdruck, daß er den Willen zur Gemeinschaftlichkeit aufgibt.
Jemand, der sich nachträglich den unerlaubte Handlungen begehenden Demonstranten anschließt und an der Aktion in Kenntnis ihres Zwecks teilnimmt, ist Mittäter.

Für einen Demonstranten, der sich an einem Dauerdelikt - z.B. einer Straßenblockade - nur zeitweilig, wenngleich während dieser Zeit mit Mittäterwillen, beteiligt, ist entscheidend, ob das Sichentfernen in dem Sinne zu verstehen ist, daß von ihm der Wille zur Gemeinschaftlichkeit aufgegeben wird oder nicht.
Gibt er diesen Willen auf, so kann er als Mittäter nur während der Zeit seiner Anwesenheit in der die Blockade

---

1) RG WarnR 1929 Nr. 144; BGHZ 17, 327, 333; BGH VersR 60, 540; BGH NJW 72, 40, 42
2) RG Recht 1923 Nr. 646; RG Gruchot 67, 187; RG WarnR 1929 Nr. 144; BGH VersR 60, 540; BGHZ 8, 288, 294; 17, 327, 333; BGB-RGRK-Haager, § 830 Anm. 3; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 830 Rdnr. 4
3) RG Recht 1913 Nr. 3248; 1929 Nr. 2152; RG WarnR 1929 Nr. 144; RG Gruchot 51, 990, 994; BGHZ 17, 327, 333; BAG NJW 64, 883, 886
4) Ballerstedt, JZ 73, 105, 108

ausführenden Demonstrantenmenge gelten. Hinsichtlich der durch die Fortsetzung der Blockade verursachten weiteren Schäden kann er nicht mehr als gesamtschuldnerisch haftender Mittäter herangezogen werden.[1)]
Für die Beurteilung der Aufgabe des Willens zur Gemeinschaftlichkeit ist jedoch zu berücksichtigen, daß die persönliche Teilnahme an unerlaubten Handlungen im Verlaufe einer Demonstration in der Öffentlichkeit klar den Willen zur Gemeinschaftlichkeit manifestiert und daß damit zunächst auch auf die Fortdauer dieses Willens während der gesamten Dauer der unerlaubten Handlung geschlossen werden kann. Die für das Ausscheiden aus der gesamtschuldnerischen Haftung hinsichtlich des nach dem Sichentfernen entstandenen weiteren Schadens erforderliche Aufgabe des Mittäterwillens kann daher nur dann angenommen werden, wenn dies zweifelsfrei erkennbar war oder bewiesen werden kann. Eine Aufgabe dieses Willens ist z.B. dann anzunehmen, wenn der Demonstrant auf eine polizeiliche Aufforderung hin den Ort verläßt oder ausdrücklich erklärt hat, er wolle nicht mehr weiter an der unerlaubten Handlung teilnehmen.[2)]

Da aber Mittäterschaft nur vorliegt, wenn der konkrete deliktische Erfolg bewußt gemeinsam verwirklicht wird, kann eine gesamtschuldnerische Haftung als Mittäter nur dann in Betracht kommen, wenn von vornherein die Begehung bestimmter unerlaubter Handlungen gegenüber einem bestimmten Unternehmen geplant war.
Wird das tatsächliche Verhalten einiger Demonstranten vom gemeinsamen Plan nicht mehr umfaßt, so greift § 830 Abs.1 Satz 1 BGB nicht ein, denn für den Exzeß eines Demonstranten hat nur dieser einzustehen.[3)] Es ist aber nicht unbedingt erforderlich, daß der einzelne Demonstrationstäter das Verhalten der anderen in allen Einzelheiten kennt. Vielmehr genügt es, wenn er alles, was die anderen tun, in einem gewissen Rahmen ohne weiteres in Kauf nimmt.[4)]

---

1) BGH NJW 54, 1033
2) Ballerstedt, JZ 73, 105, 109
3) RG WarnR 1929 Nr. 144; Schneider, JR 72, 465, 466; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 830 Anm. 4
4) BGH VersR 60, 540

Hinsichtlich der Einzelaktionen bei einer Demonstration ist es schwierig zu erkennen, inwieweit der gemeinschaftliche Wille die tatsächlich verübten Delikte umfaßt. Insbesondere bei einer größeren Anzahl von Demonstranten kann nicht von der bloßen Anwesenheit auf die Gemeinschaftlichkeit des Wollens geschlossen werden.
Als Mittäter von Sachbeschädigungen oder tätlichen Angriffen auf Personen können in der Regel nur diejenigen herangezogen werden, die entweder eigenhändig mitwirkten oder derartige Aktionen leiteten oder durch anfeuernde Zurufe oder dergl. sich solidarisierten. Nur auf diese Demonstrationstäter trifft das "Spezifikum" einer Demonstration, die in der Öffentlichkeit bekundete Gemeinsamkeit des Wollens zu.[1)]

Liegen die Voraussetzungen einer Mittäterschaft bei einem Demonstranten nicht vor, so kann er dennoch einer gesamtschuldnerischen Haftung unterliegen, wenn er als Gehilfe an den unerlaubten Handlungen beteiligt war.
Beihilfe setzt ein Verhalten voraus, durch das dem Haupttäter zu seiner unerlaubten Handlung vorsätzlich Beistand - durch Rat und/oder Tat - geleistet wird.[2)]
Bei einem Massenvorgang wie einer Demonstration kann nicht in der bloßen Beteiligung an Vorbesprechungen usw. schon eine die gesamtschuldnerische Haftung auslösende Beihilfe zu den geplanten und im Verlauf der Demonstration auch tatsächlich begangenen Delikten bejaht werden. Die Voraussetzungen der Teilnahmeform der Beihilfe sind jedoch bei denjenigen gegeben, die bei den Vorbesprechungen als Wortführer auftreten, den Plan für den Ablauf der Demonstration entwerfen, Anweisungen für das Verhalten während der Demonstration erteilen und so, ohne selbst in der Öffentlichkeit auftreten zu wollen, die Demonstration vorbereiten.[3)]

---

1) Ballerstedt, JZ 73, 105, 109
2) Der Begriff des Gehilfen ist der gleiche wie im Strafrecht. Vgl. RG Recht 1911 Nr. 2885; RG WarnR 1917 Nr. 17; RGZ 99, 90; 129, 330, 332; BGHZ 42, 118, 122; BGH VersR 67, 471, 473; BAG NJW 64, 887; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 830 Rdnr. 6
3) Ballerstedt, JZ 73, 105, 109

2. bei geplantem friedlichem Verlauf

Bei einer friedlich geplanten und begonnenen, dann aber in Ausschreitungen ausartenden Demonstration kommen als Mittäter nur diejenigen in Betracht, die entweder eigenhändig die unerlaubten Handlungen begehen oder durch ihr Verhalten zu erkennen geben, daß sie sich die Handlungen zu eigen machen wollen.
Die bloße Teilnahme an einer Demonstration begründet weder eine Mittäterschaft noch eine Beihilfe; auch dann nicht, wenn ein Demonstrant durch Zurufen oder das Tragen von Transparenten zur Entstehung und Steigerung einer gereizten, Exzesse begünstigenden Atmosphäre unter den Demonstranten beiträgt. Denn nicht nur die schlichte Teilnahme, sondern auch die Mitwirkung an einer gemeinsamen Willens- und Meinungsäußerung sind durch Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG gedeckt. Ein solches Verhalten kann selbst dann keine zivilrechtliche Haftung begründen, wenn es für die begangenen unerlaubten Handlungen kausal sein sollte.
Anders ist es dagegen, wenn und soweit derartige Äußerungen eine Aufforderung zu Delikten enthalten und als psychische Beihilfe unter § 830 Abs. 2 BGB fallen.

II. Haftung aus alternativer Kausalität, § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB

1. "Beteiligter" im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB

Eine Haftung eines Demonstranten, der weder als Allein- noch Mittäter noch Gehilfe bei einer deliktischen Handlung in Betracht kommt, ist nur möglich, wenn er als "Beteiligter" im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB angesehen werden kann.[1)]

---

1) Zwischen den "Beteiligten" darf kein gemeinsamer Tatplan vorliegen, sonst greift § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB ein. Vgl. RG JW 1909, 687; RG WarnR 1929 Nr. 144

Eine solche "Beteiligung" setzt voraus, daß mehrere Personen[1] an einer gefährlichen, zur Schadensverursachung geneigten Tätigkeit als selbständig Handelnde teilgenommen haben. Beteiligtsein heißt also bei einer Tätigkeit mitwirken, die zunächst nur eine Gefährdung hervorruft, aber in ihrer weiteren Entwicklung zu der den Schaden unmittelbar bewirkenden Handlung geführt hat.[2]

Hinsichtlich der Haftung für Demonstrationsschäden erfordert die Beteiligung nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Teilnahme an den unmittelbar gefährdenden Handlungen im Verlauf der Demonstration. Nur die Demonstranten sind "Beteiligte", bei denen festzustellen ist, daß sie etwa Steine aufgehoben, geworfen oder sonst Gewalt angewendet haben, also an dem unmittelbar gefährdenden Vorgang selbst mitgewirkt haben, ohne daß sich feststellen läßt, daß ihre Beteiligung ursächlich für die Schadensherbeiführung geworden ist.[3]
Bei jedem einzelnen von ihnen muß aber die Möglichkeit bestehen, daß er allein durch sein Verhalten den tatsächlich eingetretenen gesamten Schaden verursacht haben kann. Daher kann sich der in Anspruch Genommene durch den Beweis entlasten, daß sein Verhalten den eingetretenen (gesamten) Schaden tatsächlich nicht verursacht hat.[4]

2. zur Entscheidung LG Berlin - Fall Mahler

Das LG Berlin[5] hat in der Mahler-Entscheidung Ansprüche aus § 830 BGB verneint. Soweit Schäden nachgewiesen wurden, hat es die Haftung dem Grunde nach bejaht, und zwar

---

1) Es ist nicht erforderlich, daß zwischen den Handelnden eine subjektive Beziehung besteht. Vgl. BGH NJW 60, 862; BGHZ 33, 286, 292
2) RGZ 58, 357, 361; BGHZ 25, 271, 274; 33, 286, 292; Staudinger-Schäfer, BGB, § 830 Anm. 27; M. Bauer, JZ 71, 4, 5; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., § 68 I b
3) Kollhosser, JuS 69, 510, 513; Ballerstedt, JZ 73, 105, 109
4) RG JW 28, 2974; RG WarnR 1929 Nr. 144; BGH VersR 56, 627, 629; 57, 304; 62, 430; BGH NJW 60, 862, 863; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, § 830 Rdnr. 12
5) NJW 69, 1119, 1120

aus § 823 Abs. 1 BGB. Den Rückgriff auf den deliktischen Grundtatbestand nach Ablehnung der haftungserweiternden Spezialregeln des § 830 BGB begründet das LG mit folgenden Erwägungen:

Eine Demonstration, zumal eine Spontandemonstration, deren Teilnehmer sich in großer Erregung befinden, bildet einen erheblichen Gefährdungstatbestand. Urheber dieser Gefahr, die vor allem von emotional beeinflußten Demonstranten, aber auch häufig von solchen Personen ausgeht, die sich unter die Demonstranten mischen, "um ihrer Zerstörungswut freien Lauf zu lassen" ("Rockers"), ist jeder Teilnehmer der Demonstration. Er ist deshalb wie alle anderen Demonstranten verpflichtet, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, z.B. den nach dem Versammlungsgesetz vorgeschriebenen Leiter zu bestimmen, der seinerseits Ordner einzuteilen und für den friedlichen Verlauf der Demonstration zu sorgen hat. Wer an einer Demonstration teilnimmt, für die derartige Sicherungsmaßnahmen nicht getroffen sind oder sich nicht treffen lassen, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) und handelt damit objektiv rechtswidrig. Gleichzeitig trifft ihn damit der Vorwurf der Fahrlässigkeit; denn der Eintritt einer Schädigung war voraussehbar.

Zuzustimmen ist der Entscheidung insoweit, daß von einer Demonstration, besonders von einer Spontandemonstration, in aller Regel Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen. Für jeden Teilnehmer bestehen daher Verkehrssicherungspflichten[1], dafür zu sorgen, daß nicht durch eigenes Tun fremde Rechtsgüter oder Rechte verletzt werden.

Den einzelnen Demonstranten über die Sorge für sein eigenes Tun hinaus mit der Verantwortung für die Gefahren zu belasten, die aus dem Zusammenwirken seines Verhaltens

---

1) zur Verkehrssicherungspflicht vgl. v. Caemmerer, Festschrift für DJT, Bd. II, S. 49, 74 f; Medicus, Bürgerliches Recht, 2. Aufl., § 25; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 432 f; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 823 Anm. 8

mit dem gleichartigen Tun anderer - also aus dem kollektiven Tatbestand der Gesamtdemonstration - erwachsen,[1] überschreitet die aus § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB erkennbare Haftungsgrenze in Fällen sog. alternativer Kausalität.[2]

Haftungsgrund des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht die Möglichkeit "mittelbarer Schadens(mit)verursachung durch Mitwirkung an der kollektiven Gefährdung", sondern allein "die Möglichkeit der unmittelbaren Schadensverursachung durch eigene Gewalthandlung".[3] Das ergibt sich daraus, daß die Haftung des Beteiligten entfällt, der nachweist, daß der Schaden nicht durch seine eigene Gewalthandlung unmittelbar verursacht wurde. Der Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB ist in diesen Fällen ausgeschlossen, weil § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB demgegenüber mit dem einzigen Ziel einer Erleichterung des Kausalitätsbeweises für den Geschädigten - eine Haftungserweiterung darstellt. Dasselbe muß aber auch für denjenigen gelten, dem noch nicht einmal schädigungsgeeignete Handlungen im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nachgewiesen werden können.

Gegen die Ansicht, daß zu den Urhebern einer Gefahr, die von emotional beeinflußten Demonstranten ausgeht, alle gehören, die an dem Zustandekommen und der Durchführung der Demonstration beteiligt sind, insbesondere die Demonstranten selbst, bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken.

Eine Demonstration steht unter den Gesetzen der Massenpsychologie. Wenn und soweit eine solche Veranstaltung die Gefahr von Exzessen auslöst, beruht dies auf sozialpsychologischen Momenten.[4]

---

1) Kollhosser, JuS 69, 510, 512
2) Kollhosser, aaO.
3) Kollhosser, JuS 69, 510, 513
4) Gustave le Bon, Psychologie der Massen, Kröner's Taschenausgabe, Bd. 99, S. 12 f, 19; Helfritz, Festschrift für Jellinek, S. 551, 558 f; Maurach, Strafrecht, 5. Aufl., § 69 I B; Janknecht, Goltd'A 1969, 33, 38; Neuberger, Goltd'A 1969, 1, 11; Tiedemann, JZ 68, [illegible], 762, 764; Stree, JuS 62, 93, 94

Die latente Gefahr der Menge in ihrer bloßen Existenz liegt einmal im Massebewußtsein als solchem, dem übersteigerten Kraftgefühl, das der einzelne als Mitglied der Masse im Vertrauen auf die um ihn Stehenden, in gleicher Richtung Beeinflußbaren oder Beeinflußten, nur zu leicht gewinnt. Daher verlieren in der Masse Vernunft und Hemmungen des einzelnen leichter ihre Wirksamkeit. Urtriebe werden wach, und sonst ganz verständige Menschen begehen Handlungen, die sie außerhalb einer Masse nie begangen hätten. Zum anderen liegt die latente Gefahr der Menge in der leichten Lenkbarkeit der Masseninstinkte und der Bildung des Massewillens.
Diese psychologischen Momente sind mit dem Wesen einer Massenveranstaltung unlöslich verbunden und liegen auch im Interesse ihrer Wirksamkeit. Die Schaffung einer gereizten Atmosphäre, die geschickt berechnete Steigerung der Aufgebrachtheit sind Mittel, die an und für sich eine Demonstration noch nicht zu einer unfriedlichen machen, solange nicht zu Gewalttaten aufgefordert wird oder Ausschreitungen in anderer Weise provoziert werden.
Die latente Gefahr, die von jeder Massenveranstaltung für andere ausgeht, bleibt im Rahmen des durch 8 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts.

In der Entscheidung des LG Berlin wird die Grenze der risikofreien Beteiligung an einer Demonstration zu eng gezogen, weil danach jede Teilnahme an einer solchen Veranstaltung durch die Überspannung der zivilrechtlichen Haftung zu einer unerlaubten Handlung und damit als ein illegaler Vorgang gewertet werden könnte.

III. Umfang der Ersatzpflicht, §§ 830, 840 BGB

Die Demonstranten, die als Mittäter, § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB, Gehilfen, § 830 Abs. 2 BGB, oder nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB als Beteiligte aus gemeinschaftlicher Gefährdung für den aus der unerlaubten Handlung entstandenen Schaden nebeneinander verantwortlich sind, haften dem geschädigten Unternehmer als Gesamtschuldner, § 840 Abs. 1 BGB. Das bedeutet: Der geschädigte Unternehmer kann den ihm gebührenden Ersatz von jedem der ersatzpflichtigen Demonstranten nach seinem Belieben entweder ganz oder zu einem Teil, insgesamt aber nur einmal, verlangen, § 421 BGB.[1)]

Praktisch hängt es aber von der mehr oder weniger zufälligen Identifizierung des oder der verantwortlichen Demonstranten ab, wer von dem geschädigten Unternehmer belangt und zum Ersatz des vollen ihm zuzurechnenden Schadens verurteilt wird. Die praktischen Risiken der gesamtschuldnerischen Haftung sind um so empfindlicher, je größer die Zahl der Mittäter oder Gehilfen und je höher die Schadenssumme ist. Bei einem Raufhandel[2)] wird die Ermittlung der Ersatzpflichtigen normalerweise keine Schwierigkeiten bereiten, auch nicht in den Fällen individuellen Zusammenhandelns von zwei oder drei Personen. Auch die Gefahr, daß der Schaden in die Hunderttausende geht, dürfte bei Demonstrationen gewalttätigen oder aufrührerischen Charakters größer sein als bei so manchen anderen der unter § 830 BGB fallenden Vorgänge.

Alle diese Gesichtspunkte sind aber gerade eine Bestätigung dafür, daß das Gesetz auch den Demonstrationsgeschädigten nicht schutzlos lassen kann und daß der rechtspolitische Zweck des § 840 BGB, bei einer Mehrzahl von

---

1) zu den Wirkungen der gesamtschuldnerischen Haftung im Innenverhältnis s. unten S.276 FN 1

2) "Klassisches" Beispiel nach Prot. II 606: Tötung oder Körperverletzung bei Raufhändeln. Die Bestimmung solle "anwendbar sein, wenn bei einem Raufhandel Mehrere auf einen Anderen losschlagen und von den Schädigern einer den Tod herbeiführt, ohne daß sich nachweisen läßt, von wem gerade dieser tödliche Schlag ausgegangen ist."

Verantwortlichen den Schadensersatzanspruch durch deren gesamtschuldnerische Haftung rechtlich zu verstärken[1], in den Fällen von Demonstrationsschäden besonders gerechtfertigt ist.[2]

Die gesamtschuldnerische Haftung nach §§ 830, 840 BGB belastet auch nicht die Ausübung des Demonstrationsrechts mit einem unzumutbaren Risiko.
Die Haftung nach dieser gesetzlichen Regelung trifft nicht Demonstranten, ohne deren Willen andere Teilnehmer die Grenzen des Demonstrationsrechts überschreiten und in Rechte Dritter eingreifen. Sie kommt nur bei einem Demonstranten in Betracht, der sich an schadenstiftenden Ausschreitungen beteiligt. Da er mitursächlich für die Herbeiführung des Schadens war, ist er "näher daran", die Gefahr eines erfolglosen Regresses zu tragen als der Geschädigte, der keinen weiteren Teilnehmer ausfindig machen kann.

Nach dem im Zivilrecht geltenden "Alles-oder-Nichts-Prinzip" ist der Umfang des zu ersetzenden Schadens nicht nur von den Verursachungsbeiträgen anderer Schädiger, sondern auch von Art und Schwere des Verschuldens unabhängig.[3] Jeder von den gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichteten Demonstranten ist daher dem ge-

---

1) Prölls, JuS 66, 400, 402: "Das Risiko der Eintreibbarkeit der Schadensquoten anderer Mitschädiger ist im Interesse des Geschädigten durch die gesetzestechnische Konstruktion eines Gesamtschuldverhältnisses auf ihn verlagert".
2) BGH NJW 72, 1574, 1575
3) Mot. II, S. 17 f: "Die Heranziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden".
Vgl. auch Larenz, NJW 59, 865

schädigten Unternehmer ohne Rücksicht auf das Ausmaß seines Verantwortungsbeitrags voll haftbar.[1)]

Das "Alles-oder-Nichts-Prinzip", das schon vor der Beratung und dem Erlaß des BGB heftigen Angriffen durch v. Ihering[2)] und v. Gierke[3)] ausgesetzt war, ist rechtspolitisch in neuerer Zeit zunehmend Bedenken begegnet, weil es einseitig die Belange des Geschädigten berücksichtige und es zulasse, daß jemand bei einem noch so geringen Verschulden, das durch zufällige Verknüpfungen einen außergewöhnlich hohen oder fernliegenden Schaden anrichtet, in seiner sozialen Existenz vernichtet werden könne.[4)]

Bei dem Grundsatz, daß die Schuldform oder Schwere des Verschuldens zwar für die Frage der Haftung überhaupt, nicht aber für den Umfang der Haftung von Bedeutung ist, handelt es sich nicht um eine ontische Bedingung des Schadensersatzrechts, sondern um eine freie Entscheidung des Gesetzgebers.[5)]

---

1) Die gesamtschuldnerische Haftung wirkt sich im Innenverhältnis dahin aus, daß die haftenden Demonstranten einander ausgleichspflichtig sind und zwar nach der Grundregel des § 426 BGB, daß sie zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.
Eine Abweichung von diesem Grundsatz kann aus dem die Schadensersatzpflicht begründenden Sachverhalt unter entsprechender Anwendung des § 254 BGB auf die Handlungen der Ersatzpflichtigen entnommen werden (vgl. RGZ 136, 275, 286; 159, 86, 90; BGHZ 17, 214, 222; 43, 227, 231). Der Ausgleich kann dann dahin erfolgen, daß die Umstände des Falles zu berücksichtigen sind und die verschiedenartige Beteiligung der einzelnen haftenden Demonstranten an der Schadensverursachung sowie die Schwere des Verschuldens den Maßstab für eine angemessene Haftungsverteilung im Innenverhältnis abgeben. Vgl. RG JW 15, 22; RG WarnR 1920 Nr. 104; BGH NJW 63, 2067

2) Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 54 f, 57

3) Der Entwurf eines BGB und das Deutsche Recht, S. 266 f

4) Hermann Lange, Gutachten für den 43. DJT, S. 33; Isele, NJW 64, 1441, 1444; Bührke, NJW 59, 1858; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 389 f; JZ 68, 721, 725; Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, S. 32 f; Bötticher, AcP 158, 385, 399; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 18

5) In anderen Rechtsordnungen ist diese Frage zum Teil anders geregelt. So weist z. B. das schweizerische Recht, Art. 43 OR, den Richter an, bei der Schadensbemessung "sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen", was bei leichter Fahrlässigkeit zu einer Reduktion des Schadensersatzes führen kann. Vgl. auch §§ 1324, 1331 ABGB

Das "Alles-oder-Nichts-Prinzip" liegt durchaus im Rahmen der Wahlmöglichkeiten des Gesetzgebers.[1] Die Voraussetzungen, die ein Abgehen von diesem Prinzip de lege lata rechtfertigen könnten[2], sind nicht gegeben.
Eine quantitative Begrenzung des Schadensersatzrechts ist daher nur de lege ferenda möglich.[3] Es ist eine Regelung durch den Gesetzgeber erforderlich.

---

1) zur rechtspolitischen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers vgl. oben S. 117 f
2) s. oben S. 189 ff
3) LG Frankfurt KritJ 70, 89, 101; Hauss, Thesen zum Referat auf dem 43. DJT, abgedruckt in JZ 60, 760; Böhmer, JZ 73, 51; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 390; Larenz, NJW 59, 865; Schneider, JR 72, 465, 466.
Nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften von 1961 soll bei außergewöhnlich hohen Schäden nicht mehr das Alles-oder-Nichts-Prinzip gelten, sondern das Gericht u.U. befugt sein, die Ersatzpflicht insoweit einzuschränken "als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde"(§ 255a Abs. 1).
Auch der Referentenentwurf von 1967 sieht in Art. 1 Nr. 2 eine solche Reduktionsklausel vor.

In Frankreich wurde aufgrund der Maiunruhen von 1968 die "Loi tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance" (Gesetz Nr. 70-480 vom 8.6.1970, Journal Officiel vom 9. 6. 1970, S. 5324) erlassen.
Kernpunkt des Gesetzes ist dessen Art. 1, mit dem ein neuer Art. 314 in den code pénal eingefügt wird. Dieser neue Artikel enthält in den ersten 3 Absätzen verschiedene Straftatbestände; in einem 4. Absatz sind die zivilrechtlichen Auswirkungen geregelt.
Die nach Art. 314 Abs. 1 bis 3 verurteilten Personen haften für die verursachten körperlichen und materiellen Schäden, was bereits dem allgemeinen französischen Zivilrecht entspricht. Der Strafrichter kann jedoch unter Abwägung der Schwere der dem einzelnen Täter zur Last gelegten Tat und ihrer Folgen die Ersatzleistung auf einen Teil der Schäden beschränken und in Abweichung von der in Art. 55 code pénal für die Schadensverursachung durch mehrere Täter vorgesehenen solidarischen Haftung den auf jeden Verurteilten entfallenen Anteil des zu ersetzenden Schadens nach freiem richterlichen Ermessen festlegen.

J. Staatshaftung

I. Nichteinschreiten der Polizei bei rechtswidrigen Demonstrationsaktionen

1. Amtspflichtverletzung, Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB

Bleibt die Polizei bei rechtswidrigen Demonstrationsaktionen gegenüber einem Unternehmen untätig, so liegt eine Amtspflichtverletzung vor. Für den hierdurch bedingten Schaden kann der Unternehmer den Staat gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB in Anspruch nehmen.

a) Aufgabe der Polizei

Nach § 15 Abs. 2 VersG kann die Polizei eine Demonstration auflösen, wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet oder verletzt ist.
Nach § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 VersG kann die Polizei eine Demonstration insbesondere auch dann auflösen, wenn sie unfriedlich oder bewaffnet stattfindet oder wenn durch den Versammlungsverlauf gegen Strafgesetze verstoßen wird.

Der Bundesgesetzgeber hat das Recht der öffentlichen Versammlung, soweit sie unter das VersG fällt, dort erschöpfend geregelt, so daß das allgemeine Polizeirecht schon nach Art. 72 Abs. 1, 74 Nr. 3 GG nicht mehr anwendbar ist. Trotzdem ist das allgemeine Polizeirecht nicht ohne Bedeutung. Es findet Anwendung bei der Spontanversammlung, die nicht unter das VersG fällt.[1)]

---

1) so die hM, vgl. Ossenbühl, Der Staat 10 (1971), 53, 67 f; Merten, MDR 68, 621, 624; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rdnr. 47; Frowein, NJW 69, 1081, 1086; Werbke, NJW 70, 1, 2; Ott, NJW 69, 454, 455; a.A. Hoffmann, JuS 67, 393, 398

Nach § 14 prPVG[1] kann die Polizei eine Spontanversammlung auflösen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht werden.[2]

Die Eingriffsmöglichkeiten der Polizei sowohl nach dem VersG als auch nach dem allgemeinen Polizeirecht erfordern eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

Der Schutz der "öffentlichen Sicherheit" gehört also zur Aufgabe der Polizei.
Der Begriff der "öffentlichen Sicherheit" wird weder im VersG noch in den einzelnen Polizeigesetzen definiert, sondern vorausgesetzt. Nach der Begründung zu § 14 prPVG[3] gilt als Aufrechterhaltung der "öffentlichen Sicherheit" im Sinne dieser Vorschrift "der Schutz vor Schäden, die

---

1) und den dieser Vorschrift entsprechenden Bestimmungen in den neuen Polizeigesetzen, vgl. § 1 OBG NW, § 15 PG NW, § 1 PG BW, Art. 2 PAG Bay, § 1 PG Brem, § 3 SOG Hmb, § 1 SOG Hess, § 1 SOG Nds, § 1 PVG RhPf, § 163 LVG SchlH

2) Dieser Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht bei der Spontanversammlung scheint insoweit zu erheblichen praktischen Unterschieden zu führen, als die allgemeine polizeiliche Generalklausel die Möglichkeiten polizeilichen Einschreitens erweitert. Während nämlich § 15 Abs. 2 VersG ein polizeiliches Einschreiten nur gestattet, wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet sind, ermächtigt die polizeiliche Generalklausel zu Eingriffen bei jedwedem Gefahrengrad. Unmittelbarkeit der Gefahr ist also nicht Eingriffsvoraussetzung.
Zwischen einer angemeldeten Versammlung und einer Spontanversammlung bestehen Unterschiede, die polizeirechtlich relevant sind. Daher ist eine gesetzliche Privilegierung der angemeldeten Versammlung nicht sachwidrig. Die Anmeldung einer Versammlung gibt der Polizei Vorbereitungszeit. Sie kann damit den besonderen Gefahren von Versammlungen unter freiem Himmel durch Bereitstellung von Kräften vorbeugen. Daran ist sie gehindert, wenn die Versammlung nicht angemeldet worden ist. Insofern bringt die nichtangemeldete Versammlung erhöhte Gefahren mit sich. Das rechtfertigt es, gesetzlich die Möglichkeit des Eingreifens der Polizei für beide Fälle unterschiedlich zu regeln und im Fall der nichtangemeldeten Versammlung ein früheres Eingreifen zu gestatten.

3) abgedruckt bei Klausener-Kertiens-Kempner, Das Polizeiverwaltungsgesetz, S. 67 f

entweder den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen oder das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, Ehre oder das Vermögen des einzelnen bedrohen, sei es, daß die Gefährdung ausgeht von Ereignissen oder Zuständen in der belebten oder unbelebten Natur oder von Handlungen bzw. Unterlassungen von Menschen, insbesondere von dem Bruch einer Norm der öffentlichen oder privaten Rechtsordnung". Jedoch hat die Polizei beim Bruch einer Rechtsnorm "nur tätig zu werden, soweit nicht die Zuständigkeit anderer Behörden, insbesondere der ordentlichen Gerichte oder der Strafverfolgungsbehörden gegeben ist, es sei denn,daß ein besonderer auf andere Weise nicht zu beseitigender Notstand vorliegt". Dieser Begriff der "öffentlichen Sicherheit" liegt allen Polizeigesetzen zugrunde.[1)]

Zur Aufrechterhaltung der "öffentlichen Sicherheit" ist es daher Aufgabe der Polizei, die Begehung strafbarer Handlungen zu verhindern.[2)] Als strafbare Handlungen, die von Demonstranten gegenüber dem Unternehmer bzw. dessen Lieferanten, Kunden, Arbeitnehmern usw. begangen werden können, kommen in Betracht: §§ 123, 124, 240, 303 ff StGB.[3)]

Das Einschreiten der Polizei ist nicht an die volle Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestands der Strafrechtsnorm gebunden, denn eine Gefahr für die "öffentliche Sicherheit" besteht bereits dann, wenn der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung vorliegt. Unerheblich ist es daher, ob der Demonstrant schuldfähig ist, ob ihn ein Verschulden trifft oder ob er einen Entschuldigungsgrund geltend machen kann. Ebensowenig ist das Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen (z.B. Strafantrag, § 123 Abs. 3 StGB) von Bedeutung. Im Polizeirecht gilt nämlich nicht das Verschuldens-, sondern das Verursachungsprinzip. Die polizeiliche Verantwortlichkeit ist vom Verschulden unabhängig, sie hängt ausschließlich von objektiven Umständen ab.[4)]

---

1) Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 125 III a 1
2) OVG Münster NJW 54, 1664; Helfritz, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 549, 551; Hoffmann, StuKVw 67, 230,234
3) s. oben S. 31 ff
4) Emmerig, BayVBl 55, 69 f; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 207 f; Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 19 prPVG Rdnrn. 3, 6, 7, 11; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 166 f

Auch der Begriff der "öffentlichen Ordnung" wird im VersG und in den einzelnen Polizeigesetzen vorausgesetzt. Nach der Begründung zu § 14 prPVG bedeutet die "öffentliche Ordnung" "den Inbegriff der Normen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinander der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen angesehen wird".[1)]
Die Wertvorstellungen, deren Befolgung als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben angesehen wird, dürfen jedoch nicht den Werten widersprechen, die in der Verfassung oder in den Gesetzen anerkannt sind. Im Konfliktsfall sind also die Wertvorstellungen maßgebend, die in der Rechtsordnung Ausdruck gefunden haben.

Für die Aktionen, die von Demonstranten gegen den Unternehmer bzw. dessen Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten usw. begangen werden, ergibt sich daher, daß es auf die Vorstellungen selbst einer bedeutenden Mehrheit in der Bevölkerung nicht ankommt, wenn sie den Wertungen der Rechtsordnung widerspricht.[2)]

Das Verhalten der Demonstranten stellt also solange keine Gefährdung der "öffentlichen Ordnung" dar, als sie die allgemeinen Gesetze beachten, insbesondere nicht gegen Strafgesetze verstoßen. Letztlich ist daher für ein polizeiliches Einschreiten entscheidend, ob die Demonstranten strafbare Handlungen begehen und damit die "öffentliche Sicherheit" gefährden.

Opportunitätsprinzip

Begehen die Demonstranten mit Strafe bedrohte Handlungen, die sich gegen den Bestand des Staates oder gegen seine Einrichtungen oder gegen das Leben, die Gesundheit, die

---

1) OVG Münster Bd. 11, 250 f; VGH Mannheim NJW 72, 971; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 125 III a 2; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 73 f

2) Bei der Straßenbahn- und Omnibusblockade in Hannover vom 7. 6. bis zum 19. 6. 69 besaßen die Demonstranten Rückhalt und Sympathie bei weiten Kreisen der Bevölkerung.

Freiheit, die Ehre oder das Vermögen des einzelnen richten, so hat die Polizei nach § 14 Abs. 1 prPVG die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift "haben" und aus der Stellung der Wörter "nach pflichtmäßigem Ermessen" vor dem Wort "notwendigen" könnte man schließen, daß die Polizei verpflichtet ist, bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit einzuschreiten und daß nur die Entscheidung der Frage, welche notwendigen Maßnahmen die Polizei treffen soll, in ihr Ermessen gestellt ist.[1)]
Aus der Begründung zu § 14 prPVG und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift[2)] ergibt sich, daß das Opportunitätsprinzip[3)] nicht aufgegeben werden sollte. Die Einfügung der Wörter "nach pflichtmäßigem Ermessen" sollte gerade den Zweck haben, das Opportunitätsprinzip unzweideutig festzulegen.
Die neuen Polizeigesetze haben daran nichts geändert, sondern die Generalklausel des § 14 Abs. 1 prPVG entweder wörtlich oder doch zumindest sinngemäß übernommen.[4)]

---

1) so Franzen, Lehrkommentar zum Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, S. 121 f
2) Vorgänger des § 14 Abs. 1 prPVG von 1931 ist § 10 II 17 ALR: "Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei".
3) Sein Wesen wurde von Drews (Preußisches Polizeirecht, AT, 2. Aufl., S. 35 f) dahin gekennzeichnet, daß die Polizei nach außen hin berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, bei Gefahr einzugreifen; sie habe in jedem Falle, in dem eine polizeiliche Gefahr in Frage komme, nach pflichtgemäßem freien Ermessen zu verfahren und zu prüfen, ob ein polizeiliches Einschreiten nach Lage aller in Betracht kommenden Umstände vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus zweckmäßig und geboten sei; komme sie bei pflichtgemäßer Prüfung zu der Überzeugung, daß dies nicht der Fall sei, so könne sie ein Einschreiten ablehnen, ohne daß ein Dritter, falls es das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibe, einen Rechtsanspruch auf ein polizeiliches Tätigwerden zu seinen Gunsten habe.
4) Z.B. heißt es in § 3 Abs. 1 SOG Hmb, daß die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Geschäftsbereichs nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall zum Schutz der Allgemeinheit oder des einzelnen erforderlichen Maßnahmen treffen. Vgl. auch § 1 Abs. 2 Satz 2 OBG NW, § 15 Abs. 1 Satz 2 PG NW

In Rechtsprechung[1] und Rechtswissenschaft[2] besteht heute Einigkeit, daß es nicht nur im Ermessen der Polizei steht, "welche" notwendigen Maßnahmen sie treffen will, sondern auch "ob" sie eine solche Maßnahme überhaupt treffen soll.

c) Pflicht zum Einschreiten

Die grundsätzliche Anerkennung des Opportunitätsprinzips erlaubt jedoch nicht die Schlußfolgerung, daß für die Polizei niemals eine Pflicht zum Einschreiten bestehe. Bei unmittelbar drohender Gefahr für Leib, Leben und Gesundheit bejahte schon v. Arnstedt[3] eine Rechtspflicht der Polizei zum Einschreiten. Jellinek[4] vertrat die Lehre von der "Schädlichkeitsgrenze", bei deren Überschreiten die Polizei tätig werden müsse.
Auch nach der Rechtsprechung des RG[5] kann unter Umständen eine Pflicht zum Handeln bestehen, deren Mißachtung sich als Amtspflichtverletzung darstellt. Der BGH ist dieser Auffassung im Ergebnis gefolgt. Bei Billigung des Opportunitätsprinzips für den Regelfall soll es doch Sachlagen geben, die ein Handeln zwingend gebieten.[6] Zur Grenzziehung, wann eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, sagt der

---

1) BVerwG DVBl 61, 125; BGH DVBl 52, 702; OVG Münster Bd. 6, 43, 51; 8, 320, 325; 23, 78, 79; OVG Lüneburg DVBl 60, 648; DÖV 64, 749
2) Franz Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, S. 9 f; Schmatz, Die Grenzen des Opportunitätsprinzips, S. 126 f; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.159; Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 14 prPVG Rdnr. 59; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 162; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 59; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 125 IV; Martens, JuS 62, 245 f
3) Das preußische Polizeirecht, Bd. I, 1905, S. 48
4) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 267 f; Verwaltungsrecht, S. 36, 432 f; vgl. auch Franzen, Lehrkommentar zum Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, Bd. I, S. 121 f, 139
5) RGZ 121, 225, 232 f; 147, 144, 146 f; 162, 273, 275; RG FischersZ 55, 203; RG JR 1925 Nr. 1341; RG PrVBl Bd. 43, 394
6) BGH DVBl 53, 676; VerkRS Bd. 7, 87 f; VerwRspr Bd. 5, 319; MDR 59, 190

BGH, daß die Polizei für Abwendung sorgen muß und sich nicht mehr auf das ihr sonst zustehende Ermessen berufen kann, wenn ein Zustand unmittelbare Gefahren für wesentliche Rechtsgüter in sich birgt.[1)]

Das BVerwG hat sich der Rechtsprechung des BGH angeschlossen, indem es feststellte: "Das hier in Rede stehende polizeiliche Ermessen zum Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände hat sich nach der leitenden Aufgabe der Polizei, der Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zu richten. Soweit die verletzten Vorschriften zugleich dem Nachbarschutz dienen, sind auch die Nachbarn zu berücksichtigen. Für eine rechtsfehlerfreie Ermessensausübung kann neben anderen Umständen auch das Ausmaß oder die Schwere der Störung oder Gefährdung eine maßgebende Bedeutung haben. Bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung kann eine Entschließung der Behörde zum Nichteinschreiten unter Umständen sogar als schlechthin ermessensfehlerhaft erscheinen. Praktisch kann dieserhalb die rechtlich gegebene Freiheit derart zusammenschrumpfen, daß nur eine einzige ermessensfehlerfreie Entscheidung, nämlich die zum Einschreiten, denkbar ist und höchstens für das Wie des Einschreitens noch ein ausnutzbarer Ermessensspielraum der Behörde offenbleibt."[2)]
Später hat das BVerwG diese Entscheidung dahin bestätigt, daß das "Ob" und das "Wie" des polizeilichen Einschreitens grundsätzlich im Ermessen der Polizei liegen, daß aber "in besonders schweren Gefahrenfällen" ihre Ermessensentscheidung so weit eingeschränkt sein kann, daß ihr die rechtmäßige Ausübung ihrer Aufgaben keine andere Wahl läßt, als einzuschreiten und dabei eine bestimmte Maßnahme zu treffen.[3)]
Die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte stimmen mit der Rechtsprechung des BVerwG überein.[4)]

---

1) BGH VerwRspr Bd. 5, 319, 320; BGH NJW 62, 1245, 1246; 66, 1162
2) BVerwGE 11, 95, 97
3) BVerwG DVBl 69, 586
4) OVG Lüneburg DVBl 60, 648 f; 63, 769; 67, 779 f; OVG Münster Bd. 23, 78 f; DVBl 64, 681 f; 68, 759

Die Rechtsprechung hat in der Rechtswissenschaft grundsätzliche Zustimmung gefunden.
Nach Bachof[1] besteht eine Pflicht der Polizei zum Einschreiten dann, wenn gewichtige Rechtsgüter des einzelnen, insbesondere Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum gefährdet werden. Martens[2] will bei der Beantwortung der Frage, ob infolge einer Ermessensverdichtung eine Pflicht der Polizei zum Tätigwerden besteht, "die Intensität der Gefahr und den Wert des gefährdeten Rechtsguts ebenso berücksichtigen wie die Frage, ob der bedrohte Bürger sich selbst zu helfen vermag oder auf das Eingreifen der Polizei angewiesen ist." Schneeberger[3] fordert für eine Pflicht der Polizei zum Handeln eine unmittelbare Gefahr für wesentliche Rechtsgüter. Voraussetzung für eine Pflicht zum polizeilichen Einschreiten ist nach Henke[4], daß der Bürger "in seinen elementaren, durch die Grundrechte bezeichneten Lebenspositionen" gefährdet ist. Wolff[5] bejaht eine Verdichtung des Entschließungsermessens zu einer Verpflichtung zum Einschreiten, wenn besonders wichtige Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit) unmittelbar gefährdet werden oder wenn ein so erheblicher Schaden droht, daß eine Untätigkeit der Polizei ermessensfehlerhaft wäre.

Bei der Frage, wann eine Verpflichtung der Polizei zum Einschreiten besteht, ist zunächst davon auszugehen, daß sie grundsätzlich nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob sie bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit einzuschreiten hat.

Liegt die Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der Begehung strafbarer Handlungen, so kann die Pflicht der Polizei zum Handeln nicht davon abhängen, welche Rechtsgüter durch die Strafvorschriften geschützt werden. Maßgeblich kann also nicht die Unterscheidung zwischen

---

1) DVBl 61, 128, 130
2) JuS 62, 245, 247
3) Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, S. 77,88
4) DVBl 64, 649, 654; DVBl 65, 783, 784; ebenso Buschlinger, DÖV 65, 374, 376, 378
5) Verwaltungsrecht, Bd. III, § 125 IV a 2; ähnlich Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 164

wesentlichen und unwesentlichen Rechtsgütern sein. Denn wenn Freiheit, Ehre, Leben, Gesundheit und Eigentum zu den Rechtsgütern gehören, deren Verletzung durch mit Strafe bedrohte Handlungen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, dann ist eine Unterscheidung zwischen diesen Rechtsgütern nach wesentlichen oder unwesentlichen nicht mehr möglich, weil alle gleich wesentlich sind.
Da es keine wesentlichen und unter Strafschutz gestellten Rechtsgüter gibt, die nicht auch unter dem Schutz des Grundgesetzes stehen, ist das Kriterium eines grundrechtlichen Schutzes ebenfalls nicht brauchbar.
Relevant kann nur die Intensität des Angriffs auf bestimmte Rechtsgüter durch mit Strafe bedrohte Handlungen sein. Das Kriterium der Stärke des Angriffs kann sich aber nicht nach der Schuldform, mit der die strafbare Handlung begangen wird, richten, da es im Polizeirecht auf das Vorliegen eines Verschuldens überhaupt nicht ankommt.
Für das Merkmal der Stärke des Angriffs kommen daher nur objektive Gesichtspunkte in Betracht, und zwar die Folgen, die sich aus der Begehung der strafbaren Handlung ergeben. Anhaltspunkte dafür, wann bei strafbaren Handlungen die Voraussetzungen einer Pflicht zum polizeilichen Handeln erfüllt sind, ergeben sich aus dem StGB selbst.
Als ein besonders schwerer Fall im polizeirechtlichen Sinn ist der Hausfriedensbruch anzusehen, wenn er von einer mit Waffen versehenen Person oder von mehreren gemeinschaftlich, § 123 Abs. 2 StGB,[1] oder wenn er unter den Voraussetzungen des § 124 StGB[2] begangen wird. Da der Gesetzgeber diese Begehungsarten des Hausfriedensbruchs unter eine höhere Strafdrohung gestellt hat, handelt es sich auch im polizeirechtlichen Sinn um besonders schwere Fälle, bei denen eine Pflicht der Polizei zum Einschreiten besteht.

Ebenso bei der Nötigung, § 240 StGB, sieht das Gesetz eine erhöhte Strafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren in besonders schweren Fällen vor. Ein besonders schwerer Fall ist anzunehmen, wenn die Nötigung von mehreren Demonstranten gemeinschaftlich begangen wird oder

---

1) s. oben S. 31 f
2) s. oben S. 33 f

zu einem erheblichen Vermögensschaden zu führen droht.[1] Um besonders schwere Fälle in diesem Sinne handelt es sich auch bei den Tatbeständen der §§ 305, 308 StGB[2] im Verhältnis zu § 303 StGB.

Besteht die unmittelbare Gefahr, daß Demonstranten diese mit Strafe bedrohten Handlungen begehen, so ist die Polizei zum Einschreiten verpflichtet.[3]

d) Subsidiaritätsprinzip, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und polizeilicher Notstand

Die Pflicht der Polizei, beim Begehen der o. a. strafbaren Handlungen einzuschreiten, kann jedoch aus den polizeirechtlichen Gründen des Subsidiaritätsprinzips, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit oder des polizeilichen Notstandes eingeschränkt sein.

Nach dem "Subsidiaritätsprizip" ist die Polizei nicht zum Handeln verpflichtet, wenn sich der Unternehmer durch Anrufung der ordentlichen Gerichte selbst helfen kann.

Nach dem OVG Lüneburg[4] ist bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit die Polizei aufgrund des Subsidiaritätsprinzips zu einem Einschreiten dann nicht verpflichtet, "wenn der Betroffene sich des störenden Zustandes selbst zu erwehren vermag, vor allem dadurch, daß er die Hilfe der ordentlichen Gerichte in Anspruch nimmt". Es könne nicht der Sinn der polizeilichen Generalklausel sein, "daß der Betroffene, statt einen Unterlassungsanspruch gegen den Störer geltend zu machen, von den Behörden der Gefahrenabwehr ein Einschreiten beanspruchen und ihnen so das Prozeßrisiko zuschreiben darf".[5]
Auch nach dem OVG Münster[6] besteht eine Pflicht der Polizei zum Einschreiten dann nicht, wenn dem betroffenen Bürger zuzumuten ist, seine Ansprüche gegen den Störer im Zivilrechtsweg durchzusetzen.

---

1) Dietel, DVBl 69, 569, 572
2) s. oben S. 49 f
3) Hoch, JZ 69, 18, 21; Denninger, DRiZ 69, 70, 71
4) DVBl 60, 648, 649
5) bestätigt in DÖV 63, 769 f
6) Amtl. Sammlung Bd. 23, 78, 83; 24, 72 f; DVBl 64, 681

Drews/Wacke[1] wollen das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis zu den Gerichten nur für die Verletzung privatrechtlicher Ansprüche gelten lassen. Zur Begründung berufen sie sich auf § 2 Abs. 2 PG BW: "Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung dieses Rechts wesentlich erschwert wird".[2]
Martens[3] verneint eine Pflicht der Polizei zum Handeln, wenn sie "bei sachgemäßer Interessenabwägung zu dem Ergebnis käme, die Verweisung auf den Zivilrechtsweg bietet dem Verletzten hinreichend Schutz".[4]
König[5] lehnt eine Pflicht der Polizei zum Einschreiten ab, "wenn der Betroffene auf den Rechtsschutz durch die Zivilgerichte verwiesen wird, weil er auf diesem Wege mit gleichem Erfolg seine Rechtsposition verteidigen und schützen kann". "Anders wäre es, wenn die Hilfe der Zivilgerichte nicht umfassend genug wäre und zu spät käme".[6]

Aus Rechtsprechung und Schrifttum ergibt sich also, daß der Grundsatz der Subsidiarität nur dann relevant ist, wenn es sich um die Verletzung privater Rechte handelt, gegen die der Betroffene den Schutz der ordentlichen Gerichte anrufen kann, nicht jedoch bei Verletzung von Strafrechtsnormen.

Da es zu den eigentlichen Aufgaben der Polizei gehört, die Begehung strafbarer Handlungen zu verhindern, kann der durch eine strafbare Handlung Bedrohte nicht auf den Schutz durch die Strafverfolgungsbehörden verwiesen werden.

---

1) Allgemeines Polizeirecht, S. 109, 111 f
2) vgl. auch § 2 PG Brem; § 3 Satz 1 SOG Hess; § 175 LVG SchlH; § 5 Abs. 1 PVG RhPf
3) JuS 62, 245, 247
4) ebenso Bachof, DVBl 61, 128, 131
5) Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, S. 287
6) vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 125 IV a 1; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 165

Über die Abwehr strafbarer Handlungen hinaus ist eine Pflicht der Polizei zum Einschreiten zum Schutze des Vermögens des einzelnen nur dann zu bejahen, "wenn die zum Schutz des Vermögens des einzelnen gegebene Hilfe, insbesondere die des Richters, nicht so rechtzeitig erreichbar ist, daß die drohende Gefahr durch sie abgewendet werden kann".[1)]

Bei einer Demonstration ist dies der Fall, wenn durch einen länger andauernden "Sitzstreik"[2)] lediglich Fußgängern der Weg versperrt wird, ohne daß sich die Demonstranten gegen diese anstemmen oder sonst irgendeine drohende Haltung einnehmen.[3)] Eine wirksame gerichtliche Hilfe kann nicht so schnell erreicht werden, daß ein dem Unternehmen unmittelbar drohender erheblicher Schaden abgewendet werden kann. Auch ein später vom Zivilgericht zugesprochener Schadensersatzanspruch kann den Schaden nicht hinreichend ausgleichen, da die Demonstranten in der Regel nicht über ein, für einen solchen Ersatzanspruch, ausreichendes Vermögen verfügen und es unter Umständen mehrere Jahre dauern würde, bis bei ihnen Ersatzansprüche realisiert werden könnten.

Es besteht also die Pflicht der Polizei, gegen Demonstranten vorzugehen, wenn diese bestimmte mit Strafe bedrohte Handlungen begehen. Sie kann den Unternehmer nicht aufgrund des Subsidiaritätsprinzips an das ordentliche Gericht verweisen. Die Polizei würde sich dann einer ihrer eigentlichen Aufgaben entziehen, die Begehung strafbarer Handlungen zu verhüten.
Bei sonstigen Demonstrationsaktionen, die nicht durch das Demonstrationsrecht gedeckt sind, ist die Polizei zum Einschreiten verpflichtet, wenn dem Unternehmen ein erheblicher Vermögensschaden droht, der nicht rechtzeitig durch gerichtliche Hilfe abgewendet werden kann.

---

1) Insoweit ist der Rspr des pr. Oberverwaltungsgerichts (Amtl. Sammlung Bd. 77, 330, 337) auch heute noch zuzustimmen. Vgl. auch Hoch, JZ 69, 18, 21
2) zur Rechtswidrigkeit s. oben S.261
3) s. oben S.44

Ein polizeiliches Einschreiten unterliegt ferner dem "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", nach dem durch die polizeiliche Maßnahme kein Nachteil herbeigeführt werden darf, der außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.[1)]
Keine besondere Schwierigkeit bereitet die Anwendung dieses Grundsatzes, wenn sich Schaden und Erfolg an dem gleichen Maßstab messen lassen. Anders ist es, wenn es um ideelle Werte, um inkommensurable Größen geht, wie dies bei Demonstrationen gegenüber Unternehmen häufig der Fall ist.[2)] Die Polizei hat dann eine Abwägung der widerstreitenden Werte nach von der Allgemeinheit anerkannten Maßstäben vorzunehmen. Für die Abwägung besteht ein Beurteilungsspielraum, und ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann nur angenommen werden, wenn der durch die polizeiliche Maßnahme bewirkte Nachteil erkennbar und offenbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.[3)]
Bei unternehmensbeeinträchtigenden Demonstrationsaktionen ist eine Pflicht zum polizeilichen Einschreiten zu verneinen, wenn der dem Unternehmen drohende Schaden nicht so erheblich ist, daß er im Vergleich zu dem von den Demonstranten verfolgten immateriellen Ziel ins Gewicht fällt.

Ist die Polizei zu einem wirksamen Einschreiten gegen die Demonstranten nicht imstande, im sog. polizeilichen Notstand, so kann sie von der Pflicht zum Eingreifen entbunden sein.
Bei einer Demonstration hat die Polizei Vorkehrungen zu treffen, daß die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Kräfte

---

1) § 15 Satz 1 OBG NW, § 21 Satz 1 PG NW, § 5 Abs. 2 PG BW, Art. 8 Abs. 2 PAG Bay, § 3 Satz 2 PG Brem, § 3 Abs. 3 SOG Hmb; § 5 Satz 2 SOG Hess, § 2 Satz 2 PVG RhPf
2) so bei den Auslieferungsblockaden gegen den Springer-Verlag, BGH NJW 72, 1366 f; 72, 1571 f
3) BGHZ 12, 206, 208; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 170; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 182; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnrn. 215 f;

bereitstehen. Um die gegen die Demonstranten zu ergreifenden Maßnahmen verwirklichen und durchsetzen zu können, muß die Polizei alle nur denkbaren Möglichkeiten mobilisieren und darf weder Kosten und Anstrengungen scheuen.[1] Sie muß sich notfalls durch Ersuchen um Vollzugs- und Amtshilfe (Art. 35 GG) bei nachbarlichen Polizeikräften, dem Bundesgrenzschutz o. a. Verstärkung verschaffen.[2]
Reichen trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten die Kräfte zu einem wirksamen Einschreiten gegen die Demonstranten nicht aus, so kann die Polizei hiervon absehen und gegen den Unternehmer, der zwar nicht Störer und deshalb an sich nicht polizeipflichtig ist, Maßnahmen treffen. Sie kann z.B. das Verkehrsunternehmen anweisen, die Straßenbahnen und Busse in den Depots zu lassen. Es müssen in einem solchen Fall aber die besonders engen Voraussetzungen des "polizeilichen Notstandes" gegeben sein, d.h. eine bereits eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder eine unmittelbar bevorstehende polizeiliche Gefahr, deren Beseitigung oder Abwendung auf andere Weise nicht möglich ist.[3]

---

1) BGH DVBl 57, 864; OVG Münster OVGE 14, 265, 270, 272; VG Köln NJW 71, 210, 212; Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 21 prPVG Rdnr. 7; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 252; Pappermann, JZ 70, 286

2) vgl. § 7 prPVG, § 18 Abs. 2 PG NW, § 74 PG BW, Art. 47 PAG Bay, § 82 PG Brem, § 74 SOG Hess, § 57 SOG Nds; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 251; Schmidt-Jortzig, JuS 70, 507, 509

3) § 21 Satz 1 prPVG, § 19 OBG NW, § 22 PG NW, § 8 PG Brem, § 9 PG BW, Art. 12 PAG Bay, § 10 SOG Hmb, § 15 SOG Hess, § 8 SOG Nds;
Pr OVGE 78, 261, 266; 78, 267, 272; 78, 272, 277; 78, 279, 281; VGH Mannheim DÖV 68, 179, 181; OVG Münster DVBl 68, 842, 846; VG Köln NJW 71, 210, 212; OVG Saarlouis JZ 70, 283;
Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 127 II b; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 250 f; Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 21 prPVG Rdnr. 3; Schmidt-Jortzig, JuS 70, 507, 509

Ein polizeiliches Vorgehen gegen den Unternehmer als Nichtstörer ist auch ohne objektive Unmöglichkeit anderweitiger Gefahrenbeseitigung im Fall des sog. "unechten polizeilichen Notstandes" zulässig, wenn die Nachteile, welche dem Unternehmer durch ein gegen ihn gerichtetes polizeiliches (Notstands-)Vorgehen zugefügt würden, in einem krassen Mißverhältnis zu jenen Nachteilen, die den eigentlich polizeipflichtigen Demonstranten durch ein Einschreiten der Polizei erwüchsen (erhebliche Körper- und Sachschäden u. U. auch bei Unbeteiligten), stünden.[1] Dies würde eine eigene, neue Erschütterung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bedeuten.

Die Maßnahme gegen den Nichtstörer darf jedoch nur aufrecht erhalten werden, soweit und solange die Polizei nicht andere zur Beseitigung der Gefahr führende Maßnahmen treffen kann.[2] In einem polizeilichen Notstand können also nur vorläufige Maßnahmen gegenüber einem Nichtstörer getroffen werden. Der polizeiliche Notstand kann deshalb die Pflicht der Polizei zum Einschreiten nur vorübergehend ausschließen.
Erleidet der Unternehmer infolge der Inanspruchnahme als Nichtstörer einen Schaden, so hat er einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat.[3] Ausgeschlossen ist dieser Anspruch aber, soweit der Unternehmer auf andere Weise Ersatz erlangt hat oder durch die Maßnahme der Polizei seine Person oder sein Vermögen geschützt worden ist.[4]

Liegen die Voraussetzungen eines Ausschlußgrundes der Pflicht der Polizei zum Einschreiten nicht vor, und greift die Polizei nicht zum Schutze des Unternehmers ein, so kann hierin eine Amtspflichtverletzung liegen.

---

1) so ausdrücklich § 9 Abs. 1 PG BW; Pr OVGE 78, 272, 277; 78, 279, 282; OVG Saarlouis JZ 70, 283; VG Köln NJW 71, 210, 212; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.256; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 127 II b 3; Schmidt-Jortzig, JuS 70, 507, 509; Pappermann, NJW 70, 21o f
2) vgl. § 21 Satz 2 prPVG, § 19 Abs. 2 OBG NW, § 9 Abs. 1 PG BW, § 8 Satz 2 SOG Nds
3) § 70 prPVG, § 38 PG BW, Art. 51 Abs. 1 PAG Bay, § 40 SOG Nds, § 41 Abs. 1 a OBG NW, § 39 PG NW usw. Es wird aber nicht der volle Schaden ersetzt, sondern nur ein angemessener Ausgleich des Schadens in Geld gewährt. Vgl. § 40 SOG Nds, § 42 OBG NW, § 39 PG NW
4) vgl. § 41 Abs. 2 OBG NW, § 52 Abs. 2 PG Brem, Art. 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 PAG Bay

e) Amtspflicht zugunsten des Unternehmers

Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 prPVG sind von dem einzelnen nur die Gefahren abzuwehren, durch die die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" bedroht wird. § 1 Abs. 1 Satz 1 PG BW sagt ausdrücklich, die Polizei habe einzuschreiten, "soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist".
Danach könnte angenommen werden, daß die Rechtspflichten der Polizei nicht den persönlichen Interessen des einzelnen Bürgers dienen, sondern daß die Einzelperson nur als Repräsentant der Allgemeinheit geschützt wird, da andernfalls der nach dem Gesetz erforderliche Bezug auf die Öffentlichkeit fehlt.[1)]
Die Anknüpfung des polizeilichen Handelns an die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besagt aber nicht mehr, als daß auch das Interesse der Allgemeinheit berührt sein muß, die Polizei also nicht in jedem Fall die Rechtsgüter privater Dritter zu schützen hat.

Die Frage nach der "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht, § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG, ist vielmehr danach zu beurteilen, welchem Zweck die Amtspflicht dient.[2)]
Bezweckt sie nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder den Schutz der Allgemeinheit, so handelt es sich nicht um eine einem "Dritten gegenüber" bestehende Amtspflicht; dabei ist unerheblich, ob jemandem als Reflexwirkung pflichtgemäßer Amtsausübung irgend-

---

1) Friedrichs, Kommentar zum Preußischen PVG, 2. Aufl., § 14 Anm. 14; Klausener-Kerstiens-Kempner, Kommentar zum Preußischen PVG, 2. Aufl., § 14 Anm. IV 6; Müller-Heidelberg-Clauss, Kommentar zum Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Aufl., § 1 Anm. 2 e
2) RGZ 140, 424, 427; 147, 143; BGHZ 26, 232, 234; 32, 145, 147; BGH NJW 66, 1456; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 5 A; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 34 Rdnr. 22

welche Vorteile erwachsen wären; er wird dadurch noch nicht zu einem "Dritten".[1)]

Besteht die Amtspflicht dagegen ausschließlich oder wenigstens auch im Interesse einzelner Personen, so ist ihre Verletzung geeignet, einen Amtshaftungsanspruch auszulösen.[2)]

Indem RG und BGH wiederholt ein polizeiliches Nichteinschreiten als Verletzung einer einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht qualifiziert haben[3)], haben sie implizite anerkannt, daß die Vorschriften der Polizeigesetze auch dem Schutz individueller Interessen dienen. Andernfalls hätte nicht verurteilt werden dürfen; denn der in der Amtspflichtverletzung liegende Verstoß gegen das objektive Recht macht nur dann ersatzpflichtig, wenn der geschädigte Dritte in den Schutzbereich der die Pflicht konstituierenden Norm einbezogen ist.[4)]

Auch die Rechtswissenschaft geht davon aus, daß die Pflicht der Polizei zum Einschreiten bei besonders schweren rechtswidrigen Handlungen eine Amtspflicht zum Schutze der betroffenen Einzelperson ist.[5)]

---

1) So z.B. die Dienstpflichten, die innerhalb des Gemeinwesens im Verhältnis zu den gleichgeordneten, übergeordneten oder untergeordneten Behörden zur Aufrechterhaltung einer geordneten, wohl funktionierenden Verwaltung erlassen und zu beachten sind. Vgl. etwa RGZ 72, 324, 327; 78, 241, 243; 118, 325, 327; 129, 37, 43; 140, 423, 427; 169, 312, 314; BGHZ 20, 53, 55; 39, 358, 362; BGH NJW 71, 187; 71, 1172, 1174; 71, 1699, 1700; 72, 577, 578

2) RGZ 135, 110, 113; 139, 149, 153; BGHZ 31, 388, 390; 35, 44, 46; 39, 358, 362; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 I b 5; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 453

3) RGZ 121, 225, 232; 147, 144, 147; 162, 273, 275; RG FischersZ 55, 203; RG JR 1925, 1341; BGH DVBl 53, 676; VerkRS Bd. 7, 87 f; VerwRspr Bd. 5, 319; MDR 59, 190; NJW 70, 1877, 1878

4) zum besonderen Schutzzweck der Amtspflicht vgl. BGH NJW 63, 1821, 1823; 65, 200, 201; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 454 f; Bender, Staatshaftungsrecht, Nr.245

5) Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 15; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 182; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 453; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 212; Bachof, DVBl 61, 128, 130; Martens, JuS 62, 245, 249; Pappermann, JuS 70, 128, 130; Melzer, Demokratische Gemeinde 1969, 1166, 1168

Diese Auffassung entspricht auch der allgemein anerkannten Definition der "öffentlichen Sicherheit", zu der auch die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen des einzelnen gehören,[1] also individueller Rechtsgüter, auf deren Schutz zahlreiche Vorschriften des Zivil- und Strafrechts abzielen. Es wäre daher verfehlt, die Interessenrichtung der polizeilichen Generalklauseln zu verneinen und dem einzelnen als solchem einen normgewollten Interessenschutz abzusprechen, wenn die Polizei eingreift, um Gefahren von den genannten Rechtsgütern abzuwehren. Gleiches muß für die Eingriffsmöglichkeit des § 15 Abs. 2 VersG, dessen Voraussetzung ebenfalls eine Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ist, gelten.

Greift also die Polizei bei Begehung von rechtswidrigen Handlungen in besonders schweren Fällen durch Demonstranten nicht ein, so hat der Unternehmer für den hierdurch[2] entstandenen Schaden einen Ersatzanspruch gemäß § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG gegen den Staat, wenn hinsichtlich der Amtspflichtverletzung seitens der Polizei ein Verschulden vorliegt.

Für den Amtshaftungsanspruch ist eine objektive Verletzung der Amtspflicht nämlich nicht ausreichend. Obwohl Art. 34 GG im Gegensatz zu § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich ein "vorsätzliches oder fahrlässiges" Verhalten des Beamten voraussetzt, bleibt Art. 34 GG doch an das Schuldprinzip gebunden, so daß die Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB auch auf die Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Amtshaftung angewendet werden müssen.[3]

---

1) s. oben S.279/280

2) Ein Ursachenzusammenhang zwischen einer Amtspflichtverletzung durch Unterlassen und dem Schaden des Dritten ist nur gegeben, wenn das in jeder Hinsicht amtspflichtmäßige alternative Verhalten den Eintritt des Schadens nicht nur möglicherweise, sondern mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Vgl. BGH NJW 53, 700; BGH WPM 65, 1058; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 10; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 II e

3) Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 64 II a; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 6; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 247

Das Verschulden muß und braucht sich nur auf die Verletzung der Amtspflicht als solcher zu beziehen, nicht auf ihre schädigende Wirkung, so daß es unerheblich ist, ob der verantwortliche Polizeibeamte den Eintritt eines Schadens vorausgesehen hat oder voraussehen konnte.[1)]

Die Amtspflichtverletzung muß also vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein, was ausschließlich nach § 276 BGB zu beurteilen ist.[2)]

Der verantwortliche Polizeibeamte handelt "vorsätzlich", wenn er bewußt gegen die Amtspflicht verstößt, wenn er also die Tatsachen, die die Pflichtverletzung objektiv ergeben, kennt und sich auch der Pflichtwidrigkeit bewußt ist[3)] oder zumindest mit der Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Amtspflicht rechnet und gleichwohl - unter billigender Inkaufnahme dieser Amtspflichtverletzung - nicht gegen die Demonstranten einschreitet.[4)]

Liegt auch beim Begehen schwerer rechtswidriger Handlungen durch Demonstranten die allein fehlerfreie Handhabung des Ermessens in einem Tätigwerden der Polizei, so bleibt die zu treffende Entscheidung ihrem Wesen nach doch eine Ermessensentscheidung.[5)] Bei der Feststellung der "Fahrlässigkeit" sind daher die für Ermessensentscheidungen herausgearbeiteten Verschuldensgrundsätze zu beachten.

---

1) BGH VersR 56, 96; 61, 255; BGHZ 34, 375, 381; BGH NJW 65, 962, 963; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 203; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 I b 6
2) RGZ 102, 166, 169; RG JW 38, 47
3) Nach der im Zivilrecht herrschenden "Vorsatztheorie" gehört zum Vorsatz auch das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit. Vgl. Weitnauer, JZ 63, 631 f
4) BGHZ 34, 376, 381; BGH NJW 65, 962, 963; BGH VersR 68, 307, 308; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 I b 6; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 254; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 204; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 34 Rdnr. 26
5) BVerwGE 11, 95, 97: "Praktisch kann dieserhalb die rechtlich gegebene Ermessensfreiheit derart zusammenschrumpfen, daß nur noch eine einzige ermessensfehlerfreie Entschließung, nämlich die zum Einschreiten denkbar ist". Vgl. auch BGH NJW 66, 1162; OLG Celle DÖV 72, 243, 244; Schroer, DÖV 62, 132, 134

Danach bedeutet ein einfacher Ermessensfehler noch keine Amtspflichtverletzung. Das Zivilgericht darf nicht seine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle derjenigen des zuständigen Beamten setzen und eine Amtspflichtverletzung schon deshalb annehmen, weil es eine andere Ermessensausübung für richtiger hält.[1)]

Ein den Vorwurf einer Amtspflichtverletzung begründender Ermessensfehler und damit Fahrlässigkeit ist zu bejahen, "wenn die Handlung mehr der Willkür als dem freien Ermessen zuzurechnen ist oder wenn der Beamte in so hohem Grade fehlsam gehandelt hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist".[2)]

---

1) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 34 Rdnr. 20; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 454; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 4 c; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 460

2) RGZ 121, 225, 233; vgl. auch RGZ 99, 254, 256; 126, 164, 167; 140, 423, 430; 147, 179, 183; RG JW 25, 1875, 1876; 39, 239, 240; 32, 484, 485; BGHZ 2, 209, 214; 4, 302, 311/312; 12, 206, 208; 22, 258, 263; 45, 143, 146; BGH NJW 55, 258, 259; OLG Celle DÖV 72, 243, 244; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnrn. 179 f, 181; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 454; Staudinger-Schäfer, BGB, § 839 Rdnrn. 277 f, 315; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 165, 463; Bank, RiA 63, 273, 275; Melzer, Die demokratische Gemeinde 1969, 1166, 1169.
Nach Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 I b 4 (zustimmend Weimar, RiA 62, 7 f; Loppuch, NJW 52, 1037, 1038) können Ermessensfehler eine einen Ersatzanspruch auslösende Amtspflichtverletzung darstellen, jedoch nur, wenn sie die Rechtswidrigkeit und nicht nur die Unzweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns zur Folge haben, also meist Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung. Wenn eine fehlerhafte Ermessensentscheidung eine Schadensersatzpflicht nach § 839 BGB nur dann auslösen soll, wenn der Beamte bei Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens in so hohem Maße fehlerhaft gehandelt hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist, so handelt der Beamte nicht fahrlässig, sondern grob fahrlässig. Für den Tatbestand einer schuldhaften Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 BGB genügt aber die Mißachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.
Nach dieser Ansicht liegt ebenfalls eine fahrlässige Amtspflichtverletzung vor, wenn die Polizei nicht gegen die Demonstranten einschreitet, wenn diese schwere rechtswidrige Handlungen begehen.

Für die Sorgfalt, die der Beamte zur Vermeidung einer fahrlässigen Pflichtverletzung aufzuwenden hat, kommt es auf die Kenntnis, Einsichten und Fähigkeiten an, die zur Führung des Amtes erforderlich sind (objektiver Maßstab), nicht auf diejenigen, über die der Beamte tatsächlich verfügt. Dabei ist auf die Verhaltensweise abzustellen, die von einem geschulten, gewissenhaft arbeitenden und pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten in der konkreten Amtsstellung und Situation berechtigterweise erwartet werden kann.[1)]

Begehen Demonstranten schwere rechtswidrige Handlungen gegenüber einem Unternehmen und schreitet die Polizei nicht ein[2)], obwohl kein polizeirechtlicher Grund, der die Pflicht zum Einschreiten ausschließen könnte, vorliegt, so ist ein schwerer Ermessensfehler zu bejahen, der den Vorwurf einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG gegenüber dem betroffenen Unternehmer rechtfertigt.

Nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB tritt bei einer lediglich fahrlässigen Amtspflichtverletzung die Staatshaftung nur hilfsweise ein, d.h. erst dann und soweit der Geschädigte nicht auf andere Weise einen Schadensausgleich zu erlangen vermag.
Die anderweitige Ersatzmöglichkeit braucht nicht den gleichen Rechtsgrund wie die Haftung des Staates zu haben. Es reicht vielmehr aus, wenn der Ersatzanspruch gegen den Dritten und der Anspruch gegen den Staat dem gleichen Tatsachenkreis entspringen.[3)]

---

1) RGZ 156, 34, 51; RG HRR 1941 Nr. 860; BGH VersR 59,385; 67, 1150; BGH NJW 61, 600; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 204; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 34 Rdnr. 26

2) Der Prüfung des Verschuldens ist der Sachverhalt zugrunde zu legen, den der Beamte als gegeben ansehen konnte und durfte. Vgl. Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 203

3) RGZ 145, 56, 62; 150, 20, 21; 161, 199, 202; 171, 173, 178; BGHZ 31, 148, 150; 49, 267, 275; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 7 b; Staudinger-Schäfer, BGB, § 839 Anm. 359

Der durch rechtswidrige Demonstrationsaktionen geschädigte Unternehmer hat Ersatzansprüche gegen die ersatzpflichtigen Demonstranten. Das Bestehen eines solchen Ersatzanspruchs allein reicht aber nicht aus. Der Anspruch muß vielmehr auch realisierbar sein. Es muß also die begründete Aussicht auf alsbaldige Verwirklichung des Anspruchs gegen die schadensersatzpflichtigen Demonstranten bestehen, so daß seine Ausnutzung dem Unternehmer zumutbar ist. Der Verletzte hat nämlich nach § 249 BGB einen Anspruch auf alsbaldige Entschädigung, er braucht sich nicht auf zukünftige Ersatzmöglichkeiten verweisen zu lassen.[1)]

Verfügen die ersatzpflichtigen Demonstranten über kein für den Schadensausgleich ausreichendes Vermögen, würde vielmehr bei ihnen die Durchsetzung des Anspruchs mehrere Jahre dauern, so hat der Unternehmer trotz bloß fahrlässiger Amtspflichtverletzung auch einen Anspruch gegen den Staat gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG. Der Staat und die Demonstranten haften in einem solchen Fall dem Unternehmer als Gesamtschuldner.[2)]

---

1) In RG JW 13, 38 hätte der Geschädigte durch Gehaltspfändungen erst im Laufe von 2 Jahren volle Befriedigung erlangen können, eine Zeitspanne, die das RG als unzumutbar lang ansah. Vgl. auch RG JW 30, 1304; 33, 778; 33, 2643; 38, 3164, 3165; RG Warn 1917 Nr. 178; RG SeuffArch Bd. 81, 73; RG HRR 1940 Nr. 5; BGHZ 2, 209, 218; BGH WPM 63, 377; 65, 1061; BGH VersR 66, 238; 67, 140, 142; 69, 423, 428; OLG Frankfurt VersR 73,576; Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl., § 839 Anm. 7 d; Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 224; Larenz, SchuldR BT, 8. Aufl., S. 456; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 I b 7; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 34 Rdnr. 27

2) Soergel-Siebert-Glaser, BGB, § 839 Rdnr. 220

Der Inhalt der Staatshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG besteht in der Verpflichtung zum Ersatz des durch die Amtspflichtverletzung verursachten Schadens.
Dabei finden grundsätzlich die Vorschriften des BGB über Schadensersatzverpflichtungen Anwendung (vgl. RGZ 94, 102; 113, 104; BGH NJW 54, 758). Lediglich der in § 249 BGB niedergelegte Grundsatz der Naturalrestitution ist ausgeschlossen (vgl. BGH NJW 61, 658; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 64 II e 2).

Sofern der Polizei nicht ein schuldhafter Ermessensfehler unterläuft und dadurch eine Haftung gemäß § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG begründet wird, sind die Schäden, die infolge eines polizeilichen Einsatzes gegen Demonstranten dem Unternehmer zugefügt werden, den Demonstranten zuzurechnen.
Denn wer eine Gefahrenlage schafft, ist bei anschließender Schadenszufügung durch einen Dritten ersatzpflichtig, wenn die Schadenszufügung durch einen Dritten erfahrungsgemäß vorkommt.[1)]
Erfahrungsgemäß ist die Auflösung einer unfriedlichen Demonstration mit Schwierigkeiten verbunden. Bei einer solchen Gefahrensituation liegt z.B. ein Handhabungsfehler an einem Wasserwerfer, bei dem Glasscheiben zu Bruch gehen, nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit. Vielmehr ist ein solcher Fehler ohne weiteres möglich.

---

1) RG JW 36, 1356, 1357; BGH LM Nr. 5 zu § 735 BGB; Nr. 27 zu § 823 (C) BGB; BGH NJW 59, 573; 65, 1177, 1178; 71, 1980, 1981; 71, 1982, 1983; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Anm. 5 d bb vor § 249; Larenz, SchuldR AT, 9. Aufl., § 14 III b; Ballerstedt, JZ 73, 105, 108

2. enteignungsgleicher Eingriff, Art. 14 GG

Den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff hat schon die Rechtsprechung des RG[1] in den Ansätzen und sodann die des BGH[2] entsprechend dem Anspruch auf Enteignungsentschädigung entwickelt, um das Eigentum und andere vermögenswerte Rechte gegen die Folgen solcher hoheitlicher Eingriffe zu schützen, die - sei es schuldlos oder schuldhaft - rechtswidrig erfolgt sind.[3] Die Grundlage des Entschädigungsanspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff ergibt sich unmittelbar aus Art. 14 GG.[4]

Der "eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb" steht unter dem Schutz des Art. 14 GG. Der Schutzgegenstand des Gewerbebetriebs wird durch eine hoheitliche Maßnahme aber nur berührt, wenn in den wirtschaftlichen Organismus des Betriebs eingegriffen wird.[5]
Die Ursächlichkeit eines Unterlassens für einen bestimmten Erfolg kann nur dann der Ursächlichkeit eines Handelns gleichgesetzt werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.[6] Eine Rechtspflicht der Polizei zum Einschreiten gegen die Demonstranten besteht bei rechtswidrigen Handlungen in schweren Fällen.[7]

Nach der Rechtsprechung des BGH gehört aber zum Wesen eines hoheitlichen "Eingriffs", daß ein aktives hoheitliches Handeln vorliegt. Ein Eingriff durch Unterlassen sei ein innerer Widerspruch.[8] Eine bloße Untätigkeit

---

1) RGZ 140, 276, 283
2) BGHZ 6, 270, 290; BGH NJW 53, 101; 54, 993; BGHZ 30, 123, 125
3) BGH aaO.
4) BGHZ 32, 208, 212; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 14 Rdnr. 34; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, S. 152 f
5) s. oben S. 182 ff
6) Larenz, SchuldR AT, 9. Aufl., S. 161 f; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., Vorbem. 5 d gg vor § 249; Schönke-Schröder, StGB, 13. Aufl., Vorbem. 100 vor § 1
7) s. oben S. 283 ff, 286
8) BGHZ 12, 52, 56

eines staatlichen Organs stelle daher auch bei entsprechender öffentrechtlicher Pflicht zum Handeln keinen enteignungsgleichen Eingriff dar.[1)]
Dieser Rechtsprechung liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, daß Wesensmerkmal der Enteignung und damit des enteignungsgleichen Eingriffs die hoheitliche Inanspruchnahme eines vermögenswerten Rechts ist. Das ergibt einmal der Begriff der "Ent-eignung", für den - wenn nicht die Wegnahme, so doch zumindest - die Inanspruchnahme des Eigentums charakteristisch ist. Zum anderen läßt sich die Auffassung der Rechtsprechung aus der geschichtlichen Entwicklung des Enteignungsgedankens belegen.[2)]

Aber selbst wenn man, wie es zum Teil in der Rechtswissenschaft[3)] vertreten wird, einen enteignungsgleichen Eingriff durch Unterlassen bejaht, so muß von dem hoheitlichen Verhalten unmittelbar eine Auswirkung enteignender Art ausgehen.[4)] Ein Unterlassen als hoheitliche Maßnahme kann aber keine unmittelbare Auswirkung auf einen Gewerbebetrieb haben. Es ist noch eine andere, wirkende Ursache erforderlich, die den Schaden herbeiführt.

Verletzt die Polizei die Pflicht, beim Begehen von rechtswidrigen Handlungen in schweren Fällen durch Demonstranten zum Schutze des Unternehmers einzuschreiten, so liegt hierin kein enteignungsgleicher Eingriff.

---

1) BGH LM Nr. 46 zu Art. 14 GG; LM Nr. 19 zu Art. 14 (Cf) GG; BGHZ 34, 188; BGH DVBl 63, 24 f; BGH NJW 65, 1912; 67, 1857; BGH VersR 68, 788, 792; Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 114; Pappermann, JuS 70, 128, 131; Kröner, DRiZ 61, 10; Papier, DÖV 72, 845, 846
2) BGHZ 6, 270, 280; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnrn. 3 f.
3) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 14 Rdnr. 81; Kessler, DRiZ 67, 374, 375
4) BGHZ 31, 1, 2; 37, 44, 47; 48, 58, 64; BGH LM Nr. 42 zu Art. 14 (D) GrundG; BGH NJW 68, 293; 71, 32, 33

II. Tumultschädengesetze

Die für Demonstrationsschäden Verantwortlichen können oft nur schwer oder gar nicht ermittelt werden. Aber selbst wenn die ersatzpflichtigen Demonstranten festgestellt werden können, kann es im Einzelfall fraglich sein, ob es sinnvoll ist, gegen sie zivilgerichtlich vorzugehen, da die Realisierung von Ersatzansprüchen vielfach mangels Zahlungsfähigkeit aussichtslos sein wird.
Gegen derartige Schäden kann der Unternehmer kaum Vorsorge treffen. Die Versicherungen sehen in ihren Bedingungen regelmäßig Klauseln vor, wonach bei "Aufruhr", "Tumulten", "inneren Unruhen", "politischen Gewalthandlungen" kein Versicherungsschutz gewährt wird.[1)]

Es entspricht rechtsstaatlicher Tradition, durch Entschädigungen aus Steuermitteln Schäden und Nachteile auszugleichen, die dadurch entstehen, daß die staatlichen Ordnungskräfte außerstande sind, stets einen ausreichenden Schutz für Personen und Sachgüter im Falle von "inneren Unruhen", "Tumulten", "Demonstrationen" oder ähnlichen Aktionen zu gewährleisten, für die meist die Politik des Staates unmittelbar oder mittelbar ursächlich ist.[2)]
Das ist der Sinn der Tumultschädengesetzgebung, die um die Mitte des vorigen Jahrhunderts ihren Anfang genommen hat.[3)]
In der revolutionären Situation nach dem Ende des ersten Weltkriegs erwies sich diese Gesetzgebung als unzureichend.[4)]
Es kam daher zu dem Gesetz über die durch innere Unruhen verursachten Schäden, dem sog. Tumultschädengesetz (TSchG) vom 12. 5. 1920.[5)]

---

1) vgl. AVB Glas § 1 Abs. 2 Nr. 1; AVB Feuer § 1 Abs. 7; AVB Betriebsunterbrechung § 2 Abs. 1; AVB Automaten § 4 lit. g
2) Henrichs, NJW 68, 973, 974; Lohmar, NWB Nr. 39 - Fach 21, 513, 514; Brintzinger, DÖV 72, 227, 230
3) in Preußen: Gesetz vom 11. 3. 1850 (Pr. GS. 1850, S. 199); in Bayern: Gesetz vom 12. 3. 1850 (Bayr GBl. 1850 S. 75)
4) Schreiner, JW 22, 673
5) RGBl 1920 S. 941

Das Gesetz begründete Ersatzansprüche gegen das Reich wegen Personen- und Sachschäden, die "im Zusammenhange mit inneren Unruhen durch offene Gewalt oder durch ihre Abwehr unmittelbar verursacht werden". Die in dem TSchG enthaltene Regelung über Personenschäden wurde später in das "Gesetz über den Ersatz der durch den Krieg verursachten Personenschäden" (Personenschädengesetz) vom 15. 7. 1922[1] übernommen. Aufgrund der Steuernotverordnung wurde später durch die Verordnung vom 29. 3. 1924[2] die Tumultschädenregelung auf die Länder übergeleitet. Gegen diese richteten sich die Ersatzansprüche.

1. Fortgeltung als Landesrecht

Die Regelung des TSchG in der Fassung vom 29. 3. 1924, die zwar lange nicht mehr angewendet wurde, ist noch heute geltendes Recht.
Bei den Vorschriften des TSchG handelt es sich nicht um solches Reichsrecht, das in Bundesrecht transformiert worden ist. Nach Art. 124 GG ist alles Recht, das Gegenstände der ausschließlichen Bundesgesetzgebung betrifft, innerhalb seines Geltungsbereichs zu Bundesrecht geworden. Das Tumultschädenrecht ist nicht in den Art. 73 und 105 Abs. 1 GG, welche die Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes abschließend bestimmen, aufgeführt. Nach Art. 125 GG ist unter gewissen Umständen Recht, das Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft, zu Bundesrecht geworden. Aber auch im Katalog der konkurrierenden Bundesgesetzgebung[3] ist das Tumultschädenrecht nicht enthalten.
Das Tumultschädenrecht galt daher nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes als Landesrecht fort. Daran hat sich auch durch die - in den einzelnen Bundesländern in unterschiedlichen Umfange durchgeführte - Rechtsbereinigung nichts geändert.[4]

---

1) RGBl 1922 S. 620
2) RGBl 1924 I S. 381
3) Art. 74, 105 Abs. 2 GG; vgl. auch Art. 72 und 75 GG
4) vgl. dazu Brintzinger, DÖV 72, 227, 228.
Linck, DÖV 71, 626, 627; Henrichs, NJW 68, 973, 974; Häupke, NJW 68, 2229; Diederichsen/Marburger, NJW 70, 777, 783; Melzer, Die demokratische Gemeinde 1969,1171

2. Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs

Nach § 1 TSchG kann wegen der Schäden, die an beweglichem und unbeweglichem Eigentum im Zusammenhang mit inneren Unruhen durch offene Gewalt oder durch ihre Abwehr unmittelbar verursacht werden, ein Ersatzanspruch gegen das Land, in dem der Schaden entstanden ist, geltend gemacht werden.

a) "innere Unruhen"

Der Begriff der "inneren Unruhen" ist im TSchG nicht näher dargelegt und auch nicht in anderen Gesetzen.
Nicht jede Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ist schon "innere Unruhe". Richtungsweisend dürfte auch heute noch eine vom Reichsversorgungsgericht[1] gegebene Definition sein. Danach sind "innere Unruhen im Sinne des § 1 TSchG von innen heraus sich entwickelnde Bewegungen, welche über eine engere räumliche Abgrenzung oder einen begrenzten Personenkreis hinaus die Ruhe weiterer Volksschichten stören, ohne Unterschied der Beweggründe. Es kommt auf den Umfang der Auswirkungen der Unruhen auf das normale öffentliche Leben an. Es sind also nicht nur politische Bewegungen, sondern auch andere, z.B. wirtschaftliche, zu den inneren Unruhen zu rechnen, sofern dadurch weitere Bevölkerungsschichten mit dem Gefühl der Sorge um die öffentliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung erfüllt werden. Die Auswirkungen der Unruhen auf die Allgemeinheit ist von ihren Beweggründen unabhängig. Wann ein solcher Unruhezustand vorliegt, ist Tatfrage. Es genügt einerseits nicht, daß die örtlich und in ihrer Wirkung begrenzt bleibenden Bewegungen in erhebliche Gewalttaten ausarten. Andererseits ist es auch nicht erforderlich, daß die Autorität der öffentlichen Sicherheitsorgane ausgeschaltet ist; auch wenn diese der Bewegung Herr werden, kann sehr wohl die Ruhe der Allgemeinheit gestört sein".[2]

---

1) JW 25, 1263, 1264
2) vgl. auch RGZ 108, 188, 190; Liebrecht, Kommentar zum Reichstumultschädengesetz, § 1 Anm. 3; Prölls, Versicherungsvertragsgesetz, 19. Aufl., S. 455

Der Begriff der "inneren Unruhe" umfaßt also nicht nur die Tatbestände der §§ 125 ff StGB. Es ist auch keine ausgesprochene Richtung gegen die Regierung des Landes oder ihre Beamten erforderlich. Daher hat die Rechtsprechung z.B. auch Streiks, Aussperrungen und Ausschreitungen von Bevölkerungskreisen gegen andere Bevölkerungsgruppen als "innere Unruhen" verstanden.[1] Wenn auch der Umfang der inneren Unruhen unerheblich ist und auch Unruhen von nur lokaler Bedeutung unter das TSchG fallen, so muß doch immerhin die Beteiligung eines unbestimmten großen Personenkreises gegeben sein. Unruhen kann man daher nur annehmen, wenn eine größere Anzahl Menschen beteiligt ist; diese brauchen sich aber bei der Ausübung des einzelnen Gewaltakts nicht unmittelbar beieinander zu befinden, müssen aber den Willen haben, eine geschlossene Masse zu bilden. Ob sie organisiert sind und einen Führer haben oder nicht, ist unerheblich.[2] Ebenso ist es nicht relevant, aus welchem Grunde letzten Endes die Unruhen entstanden sind. Maßgeblich ist aber, daß weitere Bevölkerungskreise mit dem Gefühl der Sorge um die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung erfüllt werden. Ob die Polizei früher oder später der Unruhen Herr wird und früher oder später Ruhe schafft und die Sicherheit und Ordnung des normalen Lebens wiederherstellen kann, ist für den Begriff der "inneren Unruhen" unerheblich.

Den Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung die Kriterien zum Begriff der "inneren Unruhen" im Sinne des § 1 TSchG entwickelte, lagen Sachverhalte zugrunde, die zu Zeiten schwerer innerer und äußerer Krisen unter weitgehendem Entsatz der Amtsorgane geschehen sind.[3]

---

1) LG Koblenz VersR 51, 19
2) Schaefer, Tumultschäden, S. 22
3) Zu den "inneren Unruhen" gehörten z.B. die Vorgänge aus Anlaß der Staatsumwälzung in der Zeit seit dem 1. 11. 1918, die mit dem Kapp-Putsch im März 1920 zusammenhängenden Vorgänge, die Demonstrationen aus Anlaß der Ermordung des Reichsministers Rathenau (RWG JW 24, 336), die Schießereien am Opernplatz in Berlin am 10. und 11. November 1918 (RGZ 105, 147), die Forster Arbeiterbewegung am 14./15. 3. 1920 (KG JW 22, 718) usw.

Mit diesen Sachverhalten sind die heutigen Demonstrationen nicht zu vergleichen. Nicht mehr jede politische Demonstration wird heute als Beginn einer Revolution angesehen, sie ist vielmehr ein grundrechtlich nach Art. 5 und 8 GG geschütztes Lebenselement der Demokratie.[1]. Im Wandel der Verfassungslage sowie des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft wird eine Demonstration nicht ohne weiteres als "Aufruhr" oder "innere Unruhe" angesehen. Diese Umstände wurden auch bei der Reform des "Demonstrationsstrafrechts"[2] berücksichtigt.

Die Voraussetzungen des Begriffs der "inneren Unruhe" sind eindeutig nicht erfüllt, wenn die Demonstranten sich den Gesetzen entsprechend verhalten. Verstößt die Versammlung gegen das Versammlungsgesetz, so kann ebenfalls noch nicht vom Vorliegen einer "inneren Unruhe" gesprochen werden. Maßgeblich hierfür sind die gesamten äußeren Umstände jeder einzelnen Demonstration, nicht hingegen die Beweggründe und innere Auffassung der die Veranstaltung tragenden Personen.
Für die rein objektiv zu treffende Entscheidung darüber, ob das Merkmal der "inneren Unruhe" erfüllt ist oder nicht, sind nur das Gesamtbild und der Gesamtablauf der Demonstration relevant. Einzelne Aktionen, die der Demonstration insgesamt nicht das Gepräge geben, vermögen auch dann nicht den Ausschlag geben, wenn hiermit Straftatbestände erfüllt werden. "Eine Sachbeschädigung oder eine Körperverletzung können zufällige Entgleisungen im Rahmen einer sonst legalen, nicht revolutionären Demonstration sein".[3]
Dagegen ist das Kriterium der "inneren Unruhe" zu bejahen, wenn es sich um massierte Ausschreitungen handelt. Wenn also nicht nur von einem unerheblichen Teil der Demonstranten der Tatbestand des Landfriedensbruchs in besonders schweren Fällen, § 125 a StGB, erfüllt wird. Das gilt insbesondere, wenn das Rechtsbewußtsein eines maßgeblichen Teils der Demonstranten so erschüttert ist, daß

---

1) s. oben S.247 ff
2) 3. StrRG, in Kraft ab 22, 5, 1970
3) Denninger, ZRP 68, 42, 43

sie vor schweren Tätlichkeiten, auch gegen die Integrität fremden Eigentums, nicht mehr zurückschrecken.[1)]
In diesen Fällen sind auch die Voraussetzungen der "offenen Gewalt" erfüllt.

b) offene Gewalt oder ihre Abwehr

Bei der "offenen Gewalt" legt nämlich der Handelnde keinen Wert darauf, daß seine Tat geheim bleibt; ihm ist jedenfalls im Augenblick der Tat gleichgültig, ob eine dritte fremde Person zusieht; er würde sich nicht scheuen, in aller Öffentlichkeit Gewalt anzuwenden.[2)]

Die Abwehrmaßnahmen können ausgehen von dem mit offener Gewalt Bedrohten, von den in seiner Nähe befindlichen Personen oder von der Polizei.
Ob im Einzelfall die Abwehrmaßnahmen notwendig waren oder ob sie zu weit gingen, ist für den Ersatz des dadurch entstandenen Schadens unerheblich, da auch Schäden, die durch Überschreitung der Notwehr entstanden sind, unter das TSchG fallen.[3)] Kann nicht festgestellt werden, ob der Schaden durch offene Gewalt oder durch deren Abwehr entstanden ist, so ist das unerheblich. Es genügt, wenn der Schaden entweder durch offene Gewalt oder durch deren Abwehr entstanden ist.[4)]

c) Fortkommensklausel

Der im Zusammenhang mit inneren Unruhen durch offene Gewalt oder durch ihre Abwehr unmittelbar[5)] verursachte Schaden an beweglichem und unbeweglichem Eigentum begründet

---

1) Prölls, Versicherungsvertragsgesetz, S. 455; Nikusch, NJW 69, 20, 21; Henrichs, NJW 68, 973, 974
2) RWG JW 23, 328; 23, 1065; Schreiner, JW 22, 673, 675; Schaelicke, JW 22, 1695, 1696
3) Nur wenn die von der offenen Gewalt bedrohte Person die Notwehr schuldhaft überschritten und dadurch Schaden erlitten hat, kann sie keinen Schadensersatz beanspruchen (§ 5 TSchG).
4) RG JW 21, 170, 171
5) Der Zusammenhang muß örtlich, zeitlich und ursächlich ein enger sein. Vgl. RWG JW 23, 197; 23, 794

einen Anspruch auf Entschädigung nur, "wenn und soweit ohne solche das wirtschaftliche Bestehen des Betroffenen gefährdet würde. Die Entschädigung darf fünfundsiebzig vom Hundert des festgestellten Schadens nicht überschreiten", § 2 Abs. 1 TSchG.
Nach dem Reichswirtschaftsgericht[1] ist "eine unbillige Erschwerung des Fortkommens insbesondere nur dann anzunehmen, wenn eine so erhebliche Verschlechterung der Lebenslage des Betroffenen eingetreten ist, daß es auch bei Berücksichtigung der vom Gesetz gewollten Beschränkung der Ersatzansprüche ... vor der allgemeinen Volksanschauung unbillig erscheint, dem Betroffenen einen Anspruch auf Entschädigung zu versagen und ihm den von ihm nicht verschuldeten Schaden auzubürden".[2]
Es liegt auf der Hand, daß trotz dieser wohlwollenden Auslegung[3] die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch höchst selten erfüllt sein werden.[4]

---

1) DWZ 1921, 305 f
2) Schreiner, JW 22, 673, 675
3) Rusker, JW 22, 87
4) Diederichsen/Marburger, NJW 70, 777, 784; Linck, DÖV 71, 626, 627

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
AfP	Archiv für Presserecht (Jahr und Seite)
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Allg.	Allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
a. M.	anderer Meinung
AmtsBl. ArbMin.	Amtsblatt des Bayerischen Ministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge (Jahr und Seite)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Band und Seite)
AP	Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummern)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbKrankhG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle
ArbuR	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr und Seite)
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Band und Seite)
arg.	argumentum aus
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Band und Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BauR	Baurecht (Jahr und Seite)

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bayr GBl	Bayerisches Gesetzesblatt
Bay VBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahr und Seite)
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band und Seite)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
Bolze Praxis	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Nummern)
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Band und Seite)
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
Der Staat	Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Band und Seite)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation

DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
DWZ	Deutsche Wirtschafts-Zeitung (Jahr und Seite)
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EG ZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr und Seite)
FGO	Finanzgerichtsordnung
FischersZ	Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung (Jahr und Seite)
FN	Fußnote
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer (Jahrgang und Seite)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Goltd'A	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer (Jahrgang und Seite)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GrundG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Halbbd.	Halbband
hans.	hanseatisch
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung

HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
IherJb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr und Seite)
JBl	Juristische Blätter (öst.), (Jahr und Seite)
JJb	Juristenjahrbuch (Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KritJ	Kritische Justiz (Jahr und Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LVG SchlH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mot.	Motive zum BGB
MRK	Menschenrechtskonvention
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe (Fach und Seite)
OBG NW	nordrhein-westfälisches Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz)
OGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen (Band und Seite)
OGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Zivilsachen (Band und Seite)

OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG Bay	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern
PG Brem	bremisches Polizeigesetz
PG BW	baden-württembergisches Polizeigesetz
PG NW	nordrhein-westfälisches Polizeigesetz
Prager Archiv	Prager Archiv für Gesetzgebung und Rechtsprechung (Jahr und Seite)
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
prPVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrVBl	Preußisches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
PVG RhPf	rheinland-pfälzisches Polizeiverwaltungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
Rdnr.	Randnummer
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nummer der Entscheidung, bei Aufsätzen Jahr und Seite)
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band und Seite)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
RiA	Recht im Amt (Jahr und Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
RWG	Reichswirtschaftsgericht
s.	siehe
S.	Seite
SachenR	Sachenrecht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
SchuldR	Schuldrecht
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
SGG	Sozialgerichtsgesetz

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite, ab 1947 Jahr und Spalte)
sog.	sogenannt
SOG Hess	hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
SOG Hmb	hamburgisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
SOG Nds	niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
Staat und Recht	Staat und Recht (Jahr und Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
StR	Strafrecht
StrafR	Strafrecht
StrFreihG	Straffreiheitsgesetz
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StuKVw	Staats- und Kommunalverwaltung (Jahr und Seite)
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
TSchG	Tumultschädengesetz
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verh.	Verhandlungen
VerkRS	Verkehrsrecht-Sammlung (Band und Seite)
VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Band und Seite)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Band und Nummer)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VM	Versicherungswirtschaft (Jahr und Seite)
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrecht-Sammlung (Band und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Band und Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)
WarnRspr	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)

WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
württ.	württembergisch
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZfBernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins (Jahr und Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band und Seite)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band und Seite)
ZwangsenteignungsG	Zwangsenteignungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht (Band und Seite)

Literaturverzeichnis

Abraham	Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949), 385
Achterberg	Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, Der Staat 8 (1969), 159
Adomeit	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969
Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 14. Aufl., Berlin 1933 (unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1960)
-	Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. 2. Aufl., Berlin 1913
Arndt	Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 63,1273
-	Umwelt und Recht, NJW 64, 1310
-	Umwelt und Recht. 3. Zur Güterabwägung bei Grundrechten (Art. 5 GG), NJW 66, 871
v. Arnstedt	Das Preußische Polizeirecht. Bd. I, Berlin 1905
Auffarth-Schönherr	Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar auf Grund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Berlin 1965
Bache	Wettbewerbsvereinbarungen in freien Berufen, NJW 71, 126
Bachof	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83 (1958), 208
-	Die Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 155, Berlin 1958
-	Anm. zu BVerwGE 11, 95, DVBl 61. 128
Ballerstedt	Zur zivilrechtlichen Haftung von Demonstrationsschäden, JZ 73, 105
-	Der praktische Fall. Handelsrecht: Das schadhafte Dach am Gesellschaftsbüro, JuS 65, 272
-	Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 51, 486
Ballweg	Zu einer Lehre von der Natur der Sache. Basel 1960
Bank	Grobe Fahrlässigkeit als Verschulden des Verwaltungsbeamten, RiA 63, 273
Baring	Die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsrechts eine Rechtsquelle?, JJb 1965/66 (Bd. 6), 27
Bartholomeyczik	Die Kunst der Gesetzesauslegung. 4. Aufl., Frankfurt 1967

Bauer	Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung, JZ 71, 4
Baumann	Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl., Bielefeld 1966
-	Einführung in die Rechtswissenschaft, München1967
-	Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht? AcP 155 (1956), 495
Baumann/Frosch	Der Entwurf des 3. Strafrechtsreformgesetzes. Schutz des Gemeinschaftsfriedens, JZ 70, 113
Baumbach	Gesetzgeberische Gedanken zum Wettbewerbsrecht, DJZ 31, 58
Baumbach/Duden	Handelsgesetzbuch. 18. Aufl., München 1968
Baumbach/ Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 10. Aufl., München 1971
Baumbach/Hueck	Aktiengesetz. 13. Aufl., München 1968
Baumbach/ Lauterbach	Zivilprozeßordnung. 30. Aufl., München 1970
Baur	Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. JZ 57, 193
-	Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der vorbeugenden Unterlassungsklage, JZ 66, 381
-	Lehrbuch des Sachenrechts. 4. Aufl., München 1968
-	Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts. Berlin 1935
Becher	Das Recht am Good will, NJW 51, 540
Becker	Rechtsvergleichende Notizen zur Auslegung, in: Festschrift für H. Lehmann, Bd. 1, Tübingen 1956, S. 70
Begemann	Der Streik und das Recht am Gewerbebetrieb. Diss. Kiel 1957
Beling	Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl., Tübingen 1930
Bender	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 57, 593
-	Staatshaftungsrecht. Freiburg 1971
Benkard	Persönlichkeitsrecht und Erfindungsschutz, GRUR 50, 481
Bentzien	Gibt es eine zivilrechtliche Haftung für genetische Schäden?, VersR 70, 1095

Berg	Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes. Berlin 1968
Berg	Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Berücksichtigung des Schutzzwecks der Haftungsnorm - BGHZ 27, 137, JuS 61, 317
Bernhardt	Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligungen nach neuem Aktienrecht, BB 66, 679
Bettermann	Von Sinn und Grenzen richterlicher Unabhängigkeit, in: Die Unabhängigkeit des Richters. Berlin 1969, S. 45
-	Grenzen der Grundrechte, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 33, Berlin 1968, S. 12
-	Anm. zu BGH NJW 57, 785. NJW 57, 986
Betti	Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften. Tübingen 1967
-	Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschrift für Rabel, Bd. 2, Tübingen 1954, S. 79
BGB RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar. 11. Aufl., Berlin 1960
Biedenkopf	Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 98, Karlsruhe 1970
-	Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113
-	Zum politischen Boykott, JZ 65, 553
Bierling	Juristische Prinzipienlehre. Bd. I - IV, Neudruck der Auflage von 1894 - 1917, Aalen 1961
Binder	Philosophie des Rechts. Berlin 1925
Binding	Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1902; Bd. II. 1./2. Aufl., Leipzig 1904/05
-	Handbuch des Strafrechts. Bd. I, Leipzig 1885
Birke	Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen. Köln 1968

BJM	Beeinträchtigungen von Grundrechten durch gewalttätige Aktionen. Bericht des Bundesministers der Justiz vom 5. 3. 1970 (Drucksachen des Bundestages VI 471), auszugsweise in DRiZ 70, 125
Blei	Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 54, 583
-	Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, JA 1970, StR S. 19
Blohm	Schadensersatz bei Druckkündigung, RdA 55, 303
Blomeyer,	Allgemeines Schuldrecht. 3. Aufl., Berlin 1964
-	Zivilprozeßrecht. Berlin 1963
Blümlich/Falk	Einkommenssteuergesetz. 9. Aufl., Berlin 1964
Bock	§ 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 58, 957
Bode	Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht, DAR 57, 173
Böhm	Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933
Böhmer, Emil	Gilt die Schadensverteilung nach dem Maß der Verursachung in jedem Schadensfall? JR 73, 51
Boehmer, G.	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. Bd. 1, Tübingen 1950; Bd. 2/1, Tübingen 1951
-	Einführung in das Bürgerliche Recht. 2. Aufl., Tübingen 1965
-	Anm. zu BGH JZ 58, 742. JZ 58, 743
Bötticher	Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Rechtsnachfolger, in: Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 1
-	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158 (1959/60), 385
-	Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen, BB 57, 621
-	Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, MDR 63, 353
Bofinger	Der vergleichende Warentest als Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 GG, NJW 65, 1833

Le Bon	Psychologie der Massen. Kröner's Taschenausgabe, Bd. 99, Stuttgart 1950
de Boor	Bürgerliches Recht. Bd. I, 2. Auflage, Wiesbaden 1954
-	Gerichtsschutz und Rechtssystem. Leipzig 1941
-	Gesetzesauslegung und Technik im Urheberrecht, in: Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 31
Borgmann	Soll unser System der Zuteilung von Unfallschäden reformiert werden?, ZRP 73, 53
Bosch	Ehe und Familie in der Rechtsordnung, FamRZ 66, 57
Bosch/ Habscheid	Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 54, 213 und JZ 56, 297
Brauksiepe	Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts, BB 66, 869
Brecher	Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953
-	Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 227
Brintzinger	Tumultschädenrecht und Rechtsbereinigung, DÖV 72, 227
Brox	Plakatwerbung der Gewerkschaften im Betrieb, BB 65, 1321
-	Anm. zu BAG SAE 64, 179. SAE 64, 181
Brox/Rüthers	Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
Brüggemann	Gesetzesrecht und Richterrecht, JR 63, 162
Brütt	Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907
Bruns, Rudolf	Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, in: Festschrift für Nipperdey, München 1965, S. 3
Bruns, H. J.	Zur Frage der passiven Beleidigungsfähigkeit handelsrechtlicher Kapitalgesellschaften im Strafrecht, NJW 55, 689
Bucher	Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen 1965
Buchner	Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktischen Rechtsschutz. München 1971
Bülow	Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885
Bürck	§ 15 III HGB und die Grundsätze der Haftung von fehlerhaften und entstehenden Personengesellschaften gegenüber Dritten, AcP 171 (1971), 328

Bührke	Verschuldensgrad und Ersatzumfang, NJW 59, 1858
Bürger	Über das Wesen der guten Sitten als Erscheinung der Rechtspraxis. Diss. Münster 1957
Bulla	Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitskampf, RdA 62, 6
Buschlinger	Anspruch auf polizeiliches Einschreiten, DÖV 65, 374
Busse	Nötigung im Straßenverkehr, in: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie, Bd. 27, Berlin 1968
Bydlinski	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Stuttgart 1964
-	Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 59, 1
v. Caemmerer	Das Problem des Kausalzusammenhangs im Zivilrecht. Freiburg 1956
-	Wandlungen des Deliktsrechts. Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 49
-	Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 27
-	Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Rabel, Bd. 1, Tübingen 1954, S. 333
-	Anm. zu BGH JZ 56, 95. JZ 56, 97
-	Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, in: Karlsruher Forum, VersR 1961 Beiheft, S. 19
-	Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 56, 569
-	Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen, DAR 70, 283
-	Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung bei der Anmietung von Ersatzwagen, VersR 71, 973
Callmann	Der unlautere Wettbewerb. Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und zu den materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen. Berlin 1929

Callmann	Der Goodwill und die freien Berufe unter dem Bundesentschädigungsgesetz, NJW 56, 1909
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, in: Schriftenreihe zur Rechtstheorie, Heft 3, Berlin 1964
-	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, in: Schriftenreihe zur Rechtstheorie, Heft 14, Berlin 1969
-	Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 66, 42
Canter	Das Recht auf Übernahme des Geschäfts bei der bürgerlich-rechtlichen Zweimanngesellschaft, NJW 65, 1553
Capelle	Handelsrecht. 13. Aufl., München 1969
Cebulka	Anm. zu OLG Hamburg NJW 56, 348. NJW 56, 917
Coing	Grundzüge der Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Berlin 1969
-	Zur Geschichte des Begriffs - "subjektives Recht", in: Coing-Lawson-Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Frankfurt 1959, S. 22
-	Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 58, 558
-	Anm. zu BGH NJW 51, 596. NJW 51, 596
Conrad	Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I, Karlsruhe 1954
Cosack	Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Aufl., Jena 1899
Cramer	Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, JuS 66, 472
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 Leipzig 1900; Bd. 2 Leipzig 1902
Däubler	Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes, JuS 69, 49
Dagtoglou	in: Bonner Kommentar. Hamburg 1964
Dahm	Deutsches Recht. 2. Aufl., Suttgart 1963
Dalcke	Strafrecht und Strafverfahren. 37. Aufl., von Fuhrmann und Schäfer, Berlin 1961
Darmstaedter	Der Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes, NJW 57, 769

Delius	Versammlungs- und Vereinsfreiheit, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Bd. II, Berlin 1930
Demonstrationsfreiheit, Strafrecht und Staatsgewalt	Heinitz, Klug, Potrykus: Informationstagung veranstaltet vom Deutschen Richterbund am 23. November 1968. Frankfurt 1968
Denecke	Abändernde Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht, RdA 53, 412
Denninger	Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 68, 42
-	Zwölf Thesen zur Demonstrationsfreiheit, DRiZ 69, 70
Dernburg	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Die Schuldverhältnisse. 1./2. Aufl., Halle 1901
-	Pandekten. Bd. 1, 5. Aufl., Berlin 1896; Bd. 2, 6. Aufl., Berlin 1900
Deubner	Zur Haftung bei alternativer Kausalität - BGHZ 33, 286, JuS 62, 383
Deutsch	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. München 1963
-	Haftungsrecht und Strafrecht, in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973, S. 339
-	Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 63, 385
-	Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 65, 1985
-	Privilegierte Haftung und Schadensfolge, NJW 66, 705
-	Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 67, 152
-	Anm. zu BGH JZ 68, 231. JZ 68, 232
-	Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, JZ 68, 721
-	Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 69, 197
-	Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 71, 244
Diederichsen	Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen. Hamburg 1965
-	Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 66, 697

Diederichsen	Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, ZRP 74, 53
Diederichsen/ Marburger	Die Haftung für Demonstrationsschäden, NJW 70, 777
Dietel	Ermessensschranken bei Eingriffen in das Versammlungs- und Demonstrationsrecht, DVBl 69, 569
Dietel/Gintzel	Demonstrations- und Versammlungsfreiheit. Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953. 2. Aufl., Köln 1970
Dietz	Grundfragen des Streikrechts, JuS 68, 1
-	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt. Bonn 1934
Dnistrjansky	Das Problem des Volksrechts, AcP 132 (1930), 230
Donellus	Commentarii de Jure Civili - rec. Johannes Christophorus Koenig, Ed. sexta, Vol. I, Norimbergae 1801
Drees/Kuckuk/ Werny	Straßenverkehrsrecht. 2. Aufl., Münster 1972
Dreher	Strafgesetzbuch. 31. Aufl., München 1970
-	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 53, 421
Drews	Preußisches Polizeirecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl., Berlin 1929
Drews/Wacke	Allgemeines Polizeirecht. 7. Aufl., Berlin 1961
Droste	Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, DB 63, 719
-	Zum Begriff des Sittenwidrigen im Wettbewerb, WRP 65, 35
Dubischar	Grundbegriffe des Rechts. Stuttgart 1968
Dürig	Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Nawiasky, München 1956, 157
Dulckeit	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Tübingen 1951
Ebert	Gewaltfreier Aufstand. Alternative zum Bürgerkrieg. Freiburg i. Br. 1968
Ecker	Das Recht wird in und mit der Auslegung, JZ 69, 477

Eckstein	Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, ArchBürgR 41, 173
Ehmke	Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53
Ehrlich	Juristische Logik. 2. Aufl., Tübingen 1925
Eichler	Institutionen des Sachenrechts. Bd. II/1, Berlin 1957
Eilsberger	Die Kölner Straßenbahnblockade - BGH NJW 69, 1772 -, JuS 70, 164
Emge	Philosophie der Rechtswissenschaft, Berlin 1961
Emmerig	Die Befreiung des Polizeirechts vom strafrechtlichen Denken, BayVBl 55, 69
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903
-	Das Deutsche Handelsrecht. 4. Aufl., Heidelberg 1881
Engisch	Einführung in das juristische Denken. 5. Aufl., Suttgart 1971
-	Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg 1935
-	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. 2. Aufl., Heidelberg 1968
-	Der Begriff der Rechtslücke, in: Festschrift für Sauer, Berlin 1949, S. 85
-	Zur "Natur der Sache" im Strafrecht, in: Festschrift für Eb. Schmidt, Göttingen 1961, S. 90
-	Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: Studium Generale 10 (1957), 173
Enneccerus/ Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. 14. Aufl., Tübingen 1954
Enneccerus/ Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl., Tübingen 1959
Entwurf I zum BGB	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ausgearbeitet durch die vom Bundesrat berufene Kommission. Amtliche Ausgabe, Berlin 1888
Erichsen	Sitzstreikfall, in: Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Franfurt a.M. 1972, S. 141
-	Zu den Grenzen der Demonstrationsfreiheit, VerwArch 64 (1973), 197

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., Münster 1967
Eser	Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht. Bad Homburg v.d.H. 1969
Esser	Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Karlsruhe 1968; 4. Aufl., Karlsruhe 1970
-	Schuldrecht. Besonderer Teil. 4. Aufl., Karlsruhe 1971
-	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 2. Aufl., Tübingen 1964
-	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. 2. Aufl., München 1969
-	Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilrecht. Karlsruhe 1965
-	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt 1970
-	Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95
-	Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97
-	Kausalitätsbegriff und Rechtswidrigkeitszusammenhang - Schutzzweck der Norm - , in: Karlsruher Forum 1959, VersR 1959, Beiheft, S. 20
Fabricius	Relativität der Rechtsfähigkeit. München 1963
-	Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961), 273
-	Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - BGHZ 29, 65 -, JuS 61, 151
Fechner	Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft. Bonn 1942
-	Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, in: Recht und Staat, Heft 177, Tübingen 1954
-	Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen 1962
Fenn	Zivilprozessualer Rechtsschutz unter revalisierenden Gewerkschaften - BGHZ 42, 210 -, JuS 65, 175
Fikentscher	Das Schuldrecht. 1. Aufl., Berlin 1965; 2. Aufl., Berlin 1969

Fikentscher	Das Unternehmen in der Rechtsordnung, in: Festgabe für Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 261
-	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, in: Schriftenreihe des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 7, München 1958
Fischer, H.A.	Die Rechtsmoral, BayZ 1911, 173
-	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911
Fischer, R.	Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 100, Karlsruhe 1971
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Das Rechtsgeschäft. Berlin 1965
-	Richter und Recht, in: Verh. des 46. DJT Essen 1966, Bd. II, Teil K, München 1967
Födisch	Freiheit und Zwang im geltenden Koalitionsrecht, RdA 55, 88
Forkel	Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht. Berlin 1962
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Allgemeiner Teil. 9. Aufl., München 1966
-	Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen. Stuttgart 1964
-	Zur Problematik der Verfassungsauslegung. Stuttgart 1961
-	Der Verfassungsschutz der Zeitungspresse. Berlin 1969
-	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35
-	Verfassungsmäßiger Eigentumsschutz und Freiheit des Berufs, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 19
-	Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft, in: Studium Generale 21 (1968), 692
-	Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 65, 381
-	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), DÖV 59, 41
Franzen	Lehrkommentar zum Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. Bamberg 1932

Friauf	Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von Ingo von Münch, Bad Homburg v.d.H. 1969
Friedrich	Die politische Wissenschaft. München 1971
Friedrichs	Kommentar zum Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. 2. Aufl., Berlin 1932
Fritze	Wettbewerb und Grundrecht der freien Meinungsäußerung, NJW 68, 2358
Frowein	Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht, NJW 69, 1081
Füßlein	Erläuterungsbuch. Versammlungsgesetz. Berlin 1954
-	Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Die Grundrechte, Bd. II, S. 425, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Berlin 1954
v.d.Gablentz	Einführung in die politische Wissenschaft. Köln 1965
Gallwas	Der Mißbrauch der Grundrechte. Berlin 1967
Gamillscheg	Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164, 385
Geerds	Einzelner und Staatsgewalt, in: Simson-Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht. München 1969
Geiger, Th.	Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Berlin 1964
-	Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 9, Stuttgart 1960
Geiger, W.	Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), NJW 54, 1057
Geilen	Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?, JZ 64, 6
-	Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, in: Festschrift für H. Mayer, Berlin 1966, S. 445
van Geldner/ Leinemann	Die Streikbeteiligung des organisierten und des nichtorganisierten Arbeitnehmers, ArbuR 70, 1
Gentz	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 68, 1600
Georgiades	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht. München 1968
Germann	Probleme und Methoden der Rechtsfindung. 2. Aufl., Bern 1967

[illegible]

-

[illegible]

-

[illegible]

-

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

-

[illegible]

-

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Grossfeld	Die Privatstrafe, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 9, Berlin 1961
Guradze	Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 69, 6
Haberkorn	Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 62,449
Habermas	Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Berlin 1971
Habscheid	Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Beiträge zum Richterrecht. Paderborn 1968
-	Bespr. Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, AcP 165, 83
Häberle	Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. 2. Aufl., Karlsruhe 1972
Häupke	Nochmals: Tumult-Personenschäden, NJW 68, 2229
Haffke	Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW 84(1972), 37
Hagen	Die guten Sitten als Rechtsbegriff, Gruchot 52 (1908), 497
Hagens	Warenzeichen und Ausstattungsbesitz, MuW 1927/28, 561
Haman	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. 2. Aufl., Berlin 1961
Hamel	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Berlin 1957
Hannover	Demonstrationsfreiheit als demokratisches Grundrecht, KritJ 68, 51
Hartmann	Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 62, 12 und NJW 64, 793
Hauss	Thesen zum Referat auf dem 43. DJT, auszugsweise in JZ 60, 760
Haverkate	Offenes Argumentieren im Urteil, ZRP 73,281
Heck	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929
-	Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930
-	Gesetzesauslegung und Interpretationsjurisprudenz. Tübingen 1914
-	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932
-	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1
Heckelmann,G.	Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf, ArbuR 70, 166

Hedemann	Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 53,121
Hefermehl	Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 3. 53 -4 U 364/52, WuW 53,234
Heidenhain	Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff. Berlin 1965
Heilborn	Der Landfriedensbruch nach dem Reichsstrafgesetzbuch, ZStW 18 (1898), 161
Heinitz	Nötigung, Aufruhr und Landfriedensbruch bei Streikausschreitungen, JR 56, 3
Heinze	Meinungsfreiheit und Demonstrationsfreiheit, DVBl 70, 716
Helfritz	Streik und öffentliche Ordnung, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, S. 549
Heldrich	Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Frankfurt 1961
Helle	Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht. 2. Aufl., Tübingen 1969
-	Boykott und Meinungskampf, NJW 64, 1497
Heller	Der privatrechtliche Schutz der Freiheit. Diss 1917
Hellwig	Anspruch und Klage. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht. Jena 1900
Henckel	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß. Heidelberg 1961
Henke	Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl 64, 649
-	Anm. zu VG Minden DVBL 65, 780 -, DVBL 65, 783
Henkel	Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts. München 1964
Henrichs	Tumultschädenrecht, NJW 68, 973
Herschel	Anm. zu RG DR 40, 1779 -, DR 40, 1779
-	Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, RdA 60, 121
-	Zur Behandlung gesetzlicher Unklarheiten - BVerwG BB 64, 1085 -, JuS 65, 259
-	Bespr. Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz. ArbuR 66, 148
-	Gedanken zum Richterrecht und Tarifautonomie, ArbuR 72, 129

Herzog	Zum Begriff der guten Sitten im BGB. Breslau 1910
Hesse	Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 4. Aufl., Karlsruhe 1970
-	Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend, Tübingen 1962, S. 71
Hilger	Überlegungen zum Richterrecht, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 109
v. Hippel, Eike	Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte. Berlin 1965
-	Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 65, 1890
v. Hippel, Ernst	Rechtsbegriff und Richterstellung, DRiZ 54, 65
v. Hippel, Fritz	Recht, Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen. Tübingen 1958
Hirsch	Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund. Bonn 1960
-	Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, in: Festschrift für Engisch, Frankfurt 1969, S. 304
-	Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78
-	Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 66,334
Hoch	Rechtsfragen bei Spontanversammlungen, JZ 69, 18
Hölder	Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900
Hoeniger	Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 53, 204
Hofmann	Zum "Durchgriffs-"Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 66, 1941
Hoffmann, R.	Einstweilige Verfügungen gegen Streiks, ArbuR 68, 33
Hoffmann, W.	Inhalt und Grenzen der Demonstrationsfreiheit nach dem Grundgesetz, JuS 67, 393
-	Die polizeiliche Aufgabe bei öffentlichen Demonstrationen, StuKVw 67, 230 und 261
Hopt	Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung. München 1969

Horn	Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationslehre. Berlin 1966
Huber, Eugen	Recht und Rechtsverwirklichung. 2. Aufl., Basel 1925
Huber, Ulrich	Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 69, 677
-	Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufers - BGHZ 57, 137 - , JuS 72, 439
Hubmann	Das Persönlichkeitsrecht. 1. Aufl., 1953; 2. Aufl., Köln 1967
-	Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41
-	Entstehung und Außerkrafttreten von Gewohnheitsrecht - BGHZ 44, 346 -, JuS 68, 61
-	Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), 85
Hueck, Alfred	Gesellschaftsrecht. 16. Aufl., München 1972
-	Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks, in: Festschrift für Herschel, Stuttgart 1955, S. 27
-	Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in: Festschrift für Hedemann, Jena 1938, S. 312
-	Unkörperliche Geschäftswerte. Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen. Gera 1912
Hueck, Goetz	Zum Problem der überholenden Kausalität, JR 53, 404
Hueck/ Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts. 7. Aufl., Bd. II/2 (Kollektives Arbeitsrecht), Berlin 1970
Hust	Rechtsprobleme des verkehrsbehindernden Sitzstreiks bei Demonstrationen, Die Polizei 70, 118
v. Ihering	Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867
-	Der Zweck im Recht. Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893
-	Geist des römischen Rechts. Bd. III, 4. Aufl., Leipzig 1888
Imboden	Montesquieu und die Lehre der Gewaltenteilung. Berlin 1959
Isay, H.	Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1929
Isay, R.	Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910
Isele, H. G.	Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, NJW 64, 1441

Isele, W.	Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 150 (1949), 1
Isensee	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Berlin 1969
Jacobi	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift für Ehrenberg, Leipzig 1927, S. 1
Jagusch	Rechtsnorm und Normsituation, SJZ 47, 295
Jagusch	Straßenverkehrsrecht. 20. Auflage des von Floegel begründeten und in 8. - 16. Aufl. von Hartung fortgeführten Werkes, München 1972
Janknecht	Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu "Sitzstreiks", in: Goltd'A 1969, 33
Jellinek, G.	Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl., 1928 (Neudruck Darmstadt 1960)
-	System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl., Tübingen 1905
Jellinek, W.	Verwaltungsrecht. 3. Aufl. (unveränderter Neudruck, Offenburg 1948)
-	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913
Kägi	Rechtsstaat und Demokratie. Antinomie und Synthese, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift für Giacometti, Zürich 1953, S. 107
Kaestlin	Der Persönlichkeitsschutz nach schweizerischem Recht, NJW 59, 1009
Katzenberger	Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb. Köln 1967
Kaufmann, A.	Gesetz und Recht, in: Festschrift für Erik Wolf. Frankfurt 1962, S. 357
-	Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Karlsruhe 1966
-	Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre, JuS 65, 1
Kaufmann, H.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, JuS 63, 373
Kelsen	Reine Rechtslehre. 2. Aufl., Wien 1900
-	Was ist die Reine Rechtslehre, in: Festschrift für Giacometti, Zürich 1953, S.143
-	Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925
-	Zur Theorie der Interpretation. Revue internationale de la théorie du droit, Bd. 8, wiederabgedruckt in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. von Klecatsky, Maric, Schambeck, Bd. II, München 1968, S. 1363

Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht. 9. Aufl., München 1969
Kessler	Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 67, 374
Kim	Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber. Marburg 1969
Kimminich	in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz. 32. Lieferung, Hamburg 1974
Kipp	Über den Begriff der Rechtsverletzung, in: Festgabe für O. v. Gierke, Bd. II, Breslau 1910, S. 1
Kirchberger	Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb. Berlin 1931
Kisker	Besprechung: Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei der Änderung der Rechtsprechung, AöR 94 (1969), 650
Klausener/ Kerstiens/ Kempner	Das Polizeiverwaltungsgesetz. Berlin 1932
Klein, E.	Haftung nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz potentieller Selbstschädigung, NJW 71, 453
Klein, Hans H.	Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit, Der Staat 10 (1971), 145
Klug	Juristische Logik. 3. Aufl., Berlin 1966
-	Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. I, München 1965, S. 71
Knappe	Das Problem der überholenden Kausalität. Göttingen 1954
Knieper	Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG, ZRP 74, 137
Knittel	Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Untersuchungen zum deutschen und US-amerikanischen Recht. Bielefeld 1965
Knodel	Der Begriff der Gewalt im Strafrecht. München 1962
Knöpfle	Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW 67, 697
Knopp	Grundfragen der rechtlichen Beurteilung von Unternehmensschädigungen durch Demonstranten, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für Wolfgang Hefermehl, Stuttgart 1972, S. 403

Koebel	Der Schutz der gewerblichen und beruflichen Betätigung gegen schädigende nichtwettbewerbsrechtliche Äußerungen, JZ 60, 433
-	Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Unterlassungsanspruch, NJW 55, 1337
Köhler	Die Generalklauseln im Neuaufbau des deutschen Bürgerlichen Rechts, SJZ 46, 165
von Köller	Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung. Berlin 1971
König, H. G.	Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern. Köln 1962
König, W.	in: Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung. München 1957
Koenigs	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 61, 1041
-	Diskriminierung durch Allgemeine Ortskrankenkasse - BGHZ 36, 91 -, JuS 62, 342
Körner	Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB. Diss. Frankfurt 1959
Koffka	Besprechung: Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, JR 64, 39
Kohler	Der unlautere Wettbewerb. Berlin 1914
-	Das Eigenbild im Recht. Berlin 1903
Kohlrausch/ Lange	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 43. Aufl., Berlin 1961
Kollhosser	Haftung für Demonstrationsschäden - LG Berlin NJW 69, 1119 -, JuS 69, 510
Konrad	Parlamentarische Autonomie und Verfassungsbindung im Gesetzgebungsverfahren, DÖV 71, 80
Kraft	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht. München 1963
Krause	Unternehmer und Unternehmung. Mannheim 1959
Kreft	Aufopferung und Enteignung, in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 84/85, Karlsruhe 1968
Kreuzer	Anm. zu OLG Celle NJW 70, 206, NJW 70, 670
Kriele	Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Berlin 1967
-	Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute, in: Collegium Philosophicum, Festschrift für Rittner, Stuttgart 1965, S. 99

Kröner	Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DRiZ 61, 10
Kronstein	Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, in: Recht und wirtschaftliche Macht. Ausgewählte Schriften. Karlsruhe 1962, S. 69
Kropff	Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 65, 1211
Krüger	Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl., Stuttgart 1966
-	Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 55, 201
Krüger/Nieland	Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden, in: Verhandlungen 45. DJT Karlsruhe 1964, Bd. II, C 31, München 1965
Kruse	Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts. Tübingen 1971
Kübler	Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit. Tübingen 1966
-	Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel, AcP 159 (1960/61), 236
-	Anm. zu BGH, Urt. vom 21. 6. 66 - VI ZR 261/64 , JZ 67, 178
-	Der Referentenentwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilistische Haftung der Presse, JZ 68, 542
-	Amt und Stellung des Richters in der Gesellschaft von morgen, DRiZ 69, 379
-	Kodifikation und Demokratie, JZ 69, 645
-	Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172, 177
Kummer	Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb. Bern 1960
Lackner/ Maassen	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen von Karl Lackner und Hermann Maassen. 7. neubearbeitete Auflage des von Eduard Dreher mitbegründeten Werkes, München 1972
Laengner	Anm. zu BFH, Urt. vom 24. 7. 1964 - VI 249/63 U, NJW 65, 222
Landmann/Rohmer/Eyermann/ Fröhler	Gewerbeordnung. 12. Aufl., München 1964
Lange, Heinr.	BGB Allgemeiner Teil. 9. Aufl., München 1967
-	Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156 (1957), 114

Lange, Herm. Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. DJT, Bd. I, S. 1, 38 f; Tübingen 1960

Lange, R. Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, NJW 53, 1161

Langrock Der praktische Fall. Strafrecht: Die willkommene Brandstiftung, JuS 71, 529

Larenz Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967

- Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 9. Aufl., München 1968; 10. Aufl., München 1970

- Schuldrecht. Besonderer Teil. 8. Aufl., München 1967; 1o. Aufl., München 1972

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Berlin 1969

- Vertrag und Unrecht. Teil II: Die Haftung für Schaden und Bereicherung. Hamburg 1937

- Sittlichkeit und Recht, Reich und Recht in der deutschen Philosophie. Bd. 1, Stuttgart 1943

- Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64, Karlsruhe 1965

- Diskussion. Verh. zum 43. DJT München 1966, Bd. II, Tübingen 1962, C. 47

- Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 275

- Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Festschrift für Schima, Wien 1969, S. 247

- Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs, NJW 51, 497

- Das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 55,521

- Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges", NJW 55, 1009

- Anm. zu OLG München, Urt. vom 21. 3. 1956 - 7 U 1189/55, NJW 56, 1719

- Anm. zu BGH NJW 58, 827, NJW 58, 827

- Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, NJW 59, 865

Larenz	Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 62, 105
-	Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffes, VersR 63, 1
-	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 65, 1
-	Zur "Institution Ehe", JZ 63, 96
Laufke	Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, Tübingen 1956, S. 145
Lehmann	Handel und Gewerbe. 3. Aufl., Berlin 1943
-	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 14. Aufl., Berlin 1963
-	Gesellschaftsrecht. 3. Aufl. (neubearbeitet von Rolf Dietz), Berlin 1970
-	Grundlinien des Industrierechts, in: Festschrift für Zitelmann, München 1913, S. 1
-	Anm. zu Hans. OLG Hamburg, Urt. vom 4. 12. 51 - 2 U 223/51, MDR 52, 297
-	Anm. zu BGH NJW 59, 479, NJW 59, 670
Lehmann/Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 16. Aufl., Berlin 1966
Lehmhöfer	Die überholende Kausalität und das Gesetz, JuS 66, 337
Leibholz	Strukturprobleme der modernen Demokratie. 3. Aufl., Karlsruhe 1967
Leinemann	Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB. Marburg 1969
-	Ewiges Zunftrecht oder Recht auf Freiheit, ArbuR 70, 289
Leisner	Grundrechte und Privatrecht. München 1960
-	Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Tübingen 1964
-	Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 64, 201
Leipziger-Kommentar	Strafgesetzbuch. Begründet von Ebermayer, 9. Aufl., bearbeitet von Schwalm, Berlin 1970
Lent	Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeßrecht. Bd. 1, Leipzig 1912
Leonhard	Besonderes Schuldrecht. München 1931
Lerche	Zur verfassungsrechtlichen Deutung der Meinungsfreiheit, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 197

Less	Vom Wesen und Wert des Richterrechts. Erlangen 1954
Leßmann	Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, AcP 170 (1970), 266
Liebrecht	Kommentar zum Reichstumultschädengesetz, 2. Aufl., Berlin 1925
Linck	Zur Zulässigkeit der Entschädigung von Demonstrationsschäden durch den Berliner Senat, DÖV 71, 626
Lindenmaier	Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR 113 (1950), 207
-	Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WuW 53, 592
Lingenberg	Kreditschutzlisten als unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Schuldners, NJW 54, 449
v. Liszt	Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 26. Aufl. (besorgt von Eb. Schmidt), Berlin 1932
Lobe	Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd. 1, Leipzig 1907
-	Der Begriff der guten Sitten in BGB § 826 und UWGes § 1, Gruchot 72 (1932), 145
Löffler	Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, NJW 59, 1
-	Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung beim immateriellen Schadensersatz, NJW 62, 225
Löwe/Rosenberg	Die Strafprozeßordnung. Bd. 1, 21. Aufl., Berlin 1963
Löwisch	Der Deliktsschutz relativer Rechte. Berlin 1970
-	Probleme der Zulässigkeit von Sympathiestreik und Sympathieaussperrung, RdA 62, 314
-	Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, RdA 67, 45
Lohmar	Versicherungsschutz bei Schäden durch innere Unruhen, NWB, Fach 21, 513
Loppuch	Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 52, 1037
Lorenz	Bespr.: Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, AöR 95 (1970), 174
Lüdersen	Erfahrungen als Rechtsquelle. Frankfurt 1972

Lütge	Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. 3. Aufl., Berlin 1966
Lufft	Planmäßiges Abwehren von Arbeitskräften, NJW 61, 2000
Luhmann	Grundrechte als Institution. Berlin 1965
-	Rechtssoziologie 2. Hamburg 1972
-	Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1
Maihofer	Die Natur der Sache, ARSP 44 (1958), 145
v. Mangoldt/ Klein	Das Bonner Grundgesetz. Erläutert von Hermann von Mangoldt. 2. Aufl. von Friedrich Klein. Band I, unveränderter Nachdruck, Berlin 1966
Martens	Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Einschreiten, JuS 62, 245
Maul	Demonstrationsrecht und allgemeine Strafbestimmungen, JR 70, 81
Maunz	Deutsches Staatsrecht. 16. Aufl., München 1968
Maunz/Dürig/ Herzog	Grundgesetz. Kommentar. München 1968
Maurach	Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. 5. Aufl., Karlsruhe 1969
Mayer, Franz	Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung. Berlin 1963
Mayer, Hellmuth	Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart 1967
-	Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 52, 392
-	Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, JZ 53, 105
Mayer-Maly	Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, RdA 70, 289
Medicus	Bürgerliches Recht. 2. Aufl., München 1969
-	Besitzschutz und Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), 115
-	Anm. zu LG Bremen NJW 66, 2360, NJW 67, 354
Melzer	Wer haftet für Demonstrationsschäden, Die demokratische Gemeinde 69, 1166
Menger	Moderner Staat und Rechtsprechung. Tübingen 1968
Merkel	Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895
Merten	Gedanken zur Demonstrationsfreiheit, MDR 68, 621

Merten	Demonstration unter dem Gesetz, Aus Politik und Zeitgeschichte 69, 21
-	Haftungsprivileg für Demonstrationstäter, NJW 70, 1625
-	Kein Haftungsprivileg für Demonstrationstäter, Archiv für Presserecht 73, 354
Mertens	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht. Stuttgart 1967
-	Persönlichkeitsrecht und Schadensersatz - BGHZ 35, 363 -, JuS 62, 261
-	Die Spaltgesellschaft als methodisches Problem, JuS 67, 97
Merz	Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Zeitschrift des Bernischen Juristischen Vereins 1955, 300
-	Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163, 305
Meyer/Cording	Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 64, 273
-	Die Rechtsnormen. Tübingen 1971
Meyer/Ladewig	Gesetzesbindung und Richterrecht, DRiZ 62, 317
-	Justizstaat und Richterrecht, AcP 161, 97
Mezger	Strafrecht. 3. Aufl., München 1949
Mezger/Blei	Strafrecht. Allgemeiner Teil. 14. Aufl., München 1970
-	Strafrecht. Besonderer Teil. 9. Aufl., München 1966
Michaelis	Der Persönlichkeitsbegriff in seiner Eignung als Rechtsbegriff, in: Heckel, Person und Recht. Ev. Presseverband für Bayern, München 1962, S. 40
Michel	Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 61, 274
Mickwitz	Die Kartellfunktion der Zünfte und ihre Bedeutung bei der Entstehung des Zunftwesens. Leipzig 1936
Möhring	Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neunen Aktiengesetz, NJW 67, 1
Möhrle	Demonstrationsfreiheit und ihre Grenzen, Recht und Politik 69, 60
Montesquieu	De l'ésprit des lois. Zitiert nach der Ausgabe Amsterdam 1749, Buch XI, Kap. 6
Motive BGB	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 2. Aufl., Berlin 1896

Müller, A.	Der Wert einer Anwaltspraxis, NJW 57, 1270
Müller, Friedrich	Die Positivität der Grundrechte. Fragen zur praktischen Grundrechtsdogmatik. Berlin 1969
Müller, Fritz	Straßenverkehrsrecht. 22. Aufl., Berlin 1969
Müller, J. P.	Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts. Bern 1964
Müller, Klaus	Zum "Spiegelbild" des Juristen, ZRP 69,223
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht. 2./3. Aufl., Tübingen 1928
-	Besprechung. ZHR 71 (1912), 417
-	Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, IherJahrb 61 (1913), 343
-	Das Unternehmen und die Unternehmer- und die Arbeitnehmerfreiheit, JZ 52, 193
Müller/Heidelberg/Clauss	Kommentar zum Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung. 2. Aufl., Hannover 1956
Müller/Henneberg/Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht. 2. Aufl., Köln 1963
von Münch	in Bonner Kommentar. Hamburg 1964
Münzberg	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt 1966
Münzel	Schmerzensgeld für seelische Unlustgefühle, NJW 60, 2025
Müthling	Gewerbesteuergesetz. 2. Aufl., München 1965
Mugdan	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899
Nawiasky	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. 2. Aufl., Köln 1948
Neuberger	Das Recht und die Grenzen der studentischen Demonstration, Goltd'A 1969, 1
Neumann	Der Zivilrechtsschaden, IherJahrb 86, 277
Neumann-Duesberg	Totale und partielle Ausschlußrechte, SJZ 50, 483
-	Ansprüche aus Urheberrechtsverletzung, JZ 55, 480
-	Anm. zu OLG Hamburg NJW, 56, 348, NJW 56, 916
-	Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB, NJW 57, 1341
-	Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Unternehmer bei dessen Abweichung von der Einigung des § 73 BetrVG und die Betriebsstillegung, DB 67, 1719

Neumann-Duesberg	Korrektur des Unmittelbarkeitsbegriffs beim Eingriff in den Gewerbebetrieb (§ 823 BGB), NJW 68, 1990
Niese	Streik und Strafrecht. Tübingen 1954
-	Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 56, 457
Nikisch	Arbeitsrecht. Bd. II: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht. 2. Aufl., Tübingen 1959
-	Zivilprozeßrecht. 2. Aufl., Tübingen 1952
Nikusch	Demonstrationsschäden und Versicherungsschutz, NJW 69, 20
Nipperdey	Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, in: Arbeitsbericht des Untersuchungsausschusses für Schadensrecht der Akademie für Deutsches Recht. Berlin 1940
-	Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29. Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten. Köln 1953
-	Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung. Grundsätzliches zur Frage seiner Rechtswidrigkeit, in: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht. Festschrift für Sitzler, Suttgart 1956, S. 79
-	Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Festschrift für Heymann. Bd. 2, Marburg 1931, S. 445
-	Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 58, 452
Nipperdey/ Säcker	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 67, 1985
Nipperdey/ Wiese	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 741
Nörr	Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 158 (1959/60), 1
Nüse	Zum Dritten Strafrechtsänderungsgesetz, JR 53, 277
Obermayer	Gedanken zur Methode der Rechtserkenntnis, NJW 66, 1885
Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Bd. 2. 3./4. Aufl., Berlin 1910; 5. Aufl., Berlin 1929
-	Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Leipzig 1931

Oertmann	Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach bürgerlichem Recht. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1917, Aalen 1971
-	Die Entschädigung der Privatpostanstalten, DJZ 1899, 93
Oftinger	Haftpflichtrecht und Persönlichkeitsrecht vor der neueren technischen Entwicklung, in: Festschrift für List. Baden Baden 1957, S. 120
Ohmeyer	Das Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1906
Oppikofer	Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927
Ossenbühl	Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration, Der Staat 10 (1971), 53
Osswald	Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen. Köln 1954
Ott	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge. Taschenkommentar. München 1969
-	Das Recht auf freie Demonstration. Berlin 1967
-	Eine Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht soll die Grenzen der Demonstrationsfreiheit bestimmen, Vorgänge 1969, 278
-	Demonstrationsfreiheit und Strafrecht, NJW 69, 454
-	Anm. zu BGH NJW 69, 1770, NJW 69, 2023
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch. 27. Aufl., München 1968
Papier	Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch bei Nichterfüllung, DÖV 72, 845
Pappermann	Der praktische Fall. Öffentliches Recht: Der Marinebundfall, JuS 70, 128
-	Anm. zu OVG Saarlouis JZ 70, 283, JZ 70,286
-	Anm. zu VG Köln, Beschluß vom 11. 12. 1970 - 4 L 592/ 70 und VG Gelsenkirchen, Beschluß vom 4. 12. 70 - 2L 331/70, NJW 71, 210
Pawlowski	Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht. Göttingen 1961
Pehle/Stempel	Richterliche Rechtsfortbildung unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Personalgesellschaftsrechts. Karlsruhe 1969
Petters/ Preisendanz	Strafgesetzbuch. 26. Aufl. von Holger Preisendanz. Berlin 1970
Pisko	Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907

Planck	Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2, 3. Aufl., Berlin 1907
Planck/Siber	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II/2, 3. Aufl., Berlin 1904; 4. Aufl., Berlin 1928
Planitz	Deutsches Privatrecht. 3. Aufl., Wien 1948
Planitz/ Eckardt	Deutsche Privatgeschichte. 2. Aufl., Köln 1961
Pflückebaum/ Malitzky	Umsatzsteuergesetz. 8. Aufl., Berlin 1958
Podlech	Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, AöR 88 (1963), 185
Popper	Logik der Forschung. 2. Aufl., Tübingen 1966
Potrykus	Vereins- und Versammlungsfreiheit. München 1972
-	Grundfragen des Versammlungsrechts, Die Polizei 64, 143
Potthoff	Kulturgeschichte des deutschen Handwerks mit besonderer Berücksichtigung seiner Blütezeit. Hamburg 1938
Pringer	Amnestie im demokratischen Rechtsstaat, ZRP 70, 73
Prölls	Versicherungsvertragsgesetz. 19. Aufl., München 1973
-	Haftungsausschluß und Schadensausgleich - BGHZ 35, 317 -, JuS 66, 400
Protokolle	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I: Allgemeiner Teil, Berlin 1897
Puchta	Das Gewohnheitsrecht. 1828, Nachdruck Darmstadt 1965
Puttfarken	Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs bei freien Berufen, GRUR 62, 500
Rabel	Das Recht des Warenkaufs. Bd. I, Berlin 1936
-	Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen, in: Deutsche Landesreferate zum I. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1932, S. 10
Radbruch	Zur Lehre von der adäquaten Verursachung. Berlin 1902
-	Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für R. von Laun, Hamburg 1948, S. 155
-	Vorschule der Rechtsphilosophie. Göttingen 1948; 2. Aufl., Göttingen 1959

Radbruch	Rechtsphilosophie. 4. Aufl., Stuttgart 1950; 5. Aufl., Stuttgart 1959; 6. Aufl., 1963
-	Einführung in die Rechtswissenschaft. 12. Aufl., Stuttgart 1969
-	Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 46, 105
Rahn/Bachof	Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem, JZ 63, 695
Raisch	Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 67, 533
Raiser, Ludwig	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages. Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 101
-	Dingliche Anwartschaften. Tübingen 1961
-	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz der allgemeinen Werte im Rechtsleben. Tübingen 1963, S. 145
-	Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: Verhandlungen 46. DJT (Essen 1966). Bd. II, München 1967, B 1
-	Grundgesetz und Privatrechtsordnung. München 1967
-	Vertragsfreiheit heute. JZ 58, 1
-	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 61, 465
-	Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 64, 1201
Raiser,Thomas	Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre. Berlin 1969
-	Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, JZ 63, 462
Ramm	Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht. Stuttgart 1962
-	Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes. Stuttgart 1965
-	Auslegung und gesetzesändernde Rechtsfortbildung, ArbuR 62, 353
-	Streik und Arbeitsvertragsbruch, ArbuR 64, 129
-	Der Streik als unerlaubte Handlung, ArbuR 64, 321
-	Sozialadäquanztheorie und freiheitlicher sozialer Rechtsstaat, ArbuR 66, 161

Ramm	Die Freiheit der Willensbildung - ein Grundprinzip der Rechtsordnung, NJW 62,465
-	Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 72, 137
Rasehorn	Rechtsfindung und Gerichtspraxis, NJW 70,81
Redeker	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 66, 1777
-	Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 72, 409
Referenten-entwurf 1967	Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften. Hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Karlsruhe 1967
Rehfeldt	Einführung in die Rechtswissenschaft. Grundfragen, Grundgedanken und Zusammenhänge. Berlin 1966
-	Zur Haftung bei nachträglicher Erhöhung der Wechselsumme, JuS 63, 147
Reimann	Zur Bedeutung des Gerichtsgebrauchs im Rahmen von Art. 31 GG, DVBl 69, 951
Reimer	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Bd. 1. 4. Aufl., Köln 1966
-	Verschulden als Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1 UWG, MuW 1929, 208
-	Empfiehlt sich die Verlegung der Generalklausel des Wettbewerbsrechts aus § 1 UWG in § 823 Abs. 1 BGB?, LZ 1932, 1342
Reimers	Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht. Hamburg 1958
Reinhardt	Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft, in: Festschrift für Lehmann. Bd. II, Berlin 1956, S. 576
-	Richter und Rechtsfindung, in: Reinhardt-König. München 1957
-	Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, AcP 153 (1954), 548
-	Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, in: Karlsruher Forum, VersR 1961 Beiheft, S. 3 und JZ 61, 713
Reinicke, D.	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 64, 421
Reinicke, G. und D.	Die Fortbildung des Rechts durch den Richter, NJW 54, 1217
-	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 55, 1662
-	Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung, MDR 56, 324
-	Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 57, 193

Reuß, H.	Der Richter und das Gesetz, DÖV 63, 361
Reuß, W.	Der sogenannte Käuferstreik, AcP 156 (1957), 89
-	Der politische Demonstrationsstreik, ArbuR 69, 353
-	Tarifautonomie und Richterrecht, ArbuR 72, 136
Rickert	System der Philosophie. Bd. 1, Tübingen 1921
Ridder	Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner. Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 243
Riezler	Das Rechtsgefühl. 2. Aufl., München 1946
Rittner	Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat, Heft 261/262, S. 17
-	Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 57, 1091
Roellecke	Grundfragen der Juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 323
Rohde	Anm. zu LG Dortmund, vom 17. 5. 62 -7 O 8/61, VersR 63, 246
Rosenberg	Die Beweislast. 5. Aufl., München 1965
Rosenthal	Anm. zu RG JW 27, 1365, JW 27, 1996
Ross	Theorie der Rechtsquellen. Leipzig 1929
Roth-Stielow	Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz. Villingen 1963
-	Die Reichweite eines bestimmten Verhaltens als äußerste Haftungsgrenze, NJW 71, 180
Rother	Haftungsbeschränkungen im Schadensersatzrecht. München 1965
-	Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere, NJW 65, 177
Roxin	Sinn und Grenze strafrechtlicher Strafe, JuS 66, 377
Rümelin	Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. Tübingen 1929
-	Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg 1896
Rüthers	Die unbegrenzte Auslegung. Tübingen 1968
-	Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen. Berlin 1970
-	Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung im Betrieb und in der Dienststelle, JuS 70, 607

Rupp	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG?, NJW 66, 2037
-	Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 69, 1273
-	Freiheit und Partizipation, NJW 72, 1537
-	Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 73, 1769
Rusker	Die Fortkommensklausel, JW 22, 87
Säcker	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit. Düsseldorf 1969
-	Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht. Berlin 1972
-	Probleme der Lohnausfallerstattung bei Betriebsversammlungen, DB 65, 1856
-	Betriebs- oder unternehmensbezogene Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers und des Betriebsrates bei parteipolitischer Betätigung iSd § 51 Satz 2 BetrVG, ArbuR 65,353
-	Anm. zu OLG Düsseldorf NJW 68, 111, NJW 68, 708
-	Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, RdA 69, 291
-	Arbeitskampf und Arbeitsplatzrisiko, DB 69, 1890
-	Wahrnehmung legitimer politischer Interessen und Deliktsrecht, ZRP 69, 60
-	Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 71, 156
-	Die unbegrenzte Auslegung. ArbuR 71, 111
-	Zur demokratischen Legitimation des Richters und Gewohnheitsrechts, ZRP 71, 145
-	Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 72,215
Salinger	Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, JW 17, 4
-	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Gruchot 62 (1918), 289
Samper	Rechtsfragen zum Demonstrationsrecht, BayVBl 69, 77
Sarstedt	Gebundene Staatsanwaltschaft, NJW 64, 1752
Sauer	System der Rechts- und Sozialphilosophie. 2. Aufl., Basel 1949
-	Juristische Methodenlehre. Stuttgart 1940, Neudruck Aalen 1970

von Savigny	System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I, Berlin 1840
Sax	Parlamentsnötigung durch Streik?, NJW 53, 368
Schaefer	Tumultschäden. Ersatz der durch innere Unruhen verursachten Schäden. Berlin 1932
Schaelicke	Spruchübung des Reichswirtschaftsgerichts in Aufruhrschadenssachen, JW 22, 1695
Schaffstein	Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369
Schelsky	Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen. Hamburg 1963
Scheuerle	Das Wesen des Wesens. Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen, AcP 163 (1964), 429
Scheuner	Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 56, 65
-	Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 71, 505
Schick	Besitzschutz nach § 823 Abs. 1 BGB? Diss. Tübingen 1967
Schippel	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. München 1956
-	Anm. zu BGH, Urt. vom 9. 12. 58 - VI ZR 199/57, GRUR 59, 284
Schlegelberger Hildebrandt	Handelsgesetzbuch. Bd. 1, 5. Aufl., München 1973
Schmalzl	Anm. zu AG Charlottenburg, vom 14. 8. 1970 - 2 C 851/69, VersR 71, 355
Schmatz	Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht. Berlin 1966
Schmid	Gerichtsbarkeit und politische Grundordnung des Staates, in: Festschrift für Arndt. Frankfurt 1969, S. 405
Schmidt, D.	Der Unternehmensbegriff in § 1 Kreditwesengesetz, NJW 59, 1070
Schmidt, Eb.	Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus. Karlsruhe 1952
-	Probleme der richterlichen Verantwortung, DRiZ 63, 376
-	Anm. zu BayObLG NJW 69, 1127, JZ 69, 395
-	Zur Reform der sogenannten Demonstrationsdelikte, ZStW 82 (1970), 1

Schmidt, Eike	Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts, in: Athenäum - Zivilrecht 1. Frankfurt 1972
-	Fahrlässigkeit und Rechtfertigung im Bürgerlichen Recht. Diss. Freiburg 1966
-	Kompensation der Pflichtwidrigkeit durch nachfolgendes pflichtmäßiges Verhalten? VersR 70, 395
Schmidt, R.	Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht, NJW 58, 488
Schmidt-Jortzig	Polizeilicher Notstand und Versammlungsververbot - OVG Saarlouis DÖV 70, 53 -, JuS 70, 507
Schmidt-Salzer	Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 70, 8
Schmitt	Verfassungslehre. München 1928
Schneeberger	Ordnungsbehördliches Ermessen und Rechtsanspruch auf Eingriff gegen Dritte, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, Berlin 1962, S. 77
Schneider, E.	Logik für Juristen. Berlin 1965
-	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivilprozeß, DRiZ 66, 281
Schneider, H.	Richter und Gesetz in der Bundesrepublik. Bremen 1966
Schneider, H.-P.	Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Frankfurt 1969
Schneider,	Anm. zu BGH, Urt. vom 30. 5. 72 - VI ZR 6/71, JR 72, 462
Schnorr	Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, RdA 55, 223
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 8. Aufl., Karlsruhe 1969
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht. 9. Aufl., Karlsruhe 1969
Schönke-Schrade	Einführung in die Rechtswissenschaft. 6. Aufl., Karlsruhe 1955
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch. Kommentar. 13. Aufl., München 1967; 16. Aufl., München 1972
Scholz	Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen. Berlin 1967
-	Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit anhand ausgewählter Entscheidungen zur Rechtsstellung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. München 1972

Schnur	Der Begriff der "herrschenden Meinung" in der Rechtsdogmatik, in: Festschrift für Forsthoff. München 1967, S. 43
Schramm, C.	Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Berlin 1957
-	Der Vertragsbruch - Ausnutzung und Verleitung, GRUR 61, 328
-	Der eingerichtete und ausgeübte Geschäftsbetrieb, GRUR 73, 75
Schramm, Th.	Das Anwartschaftsrecht als Schutzobjekt des § 823 Abs. 1 BGB, NJW 66, 2153
Schrauder	Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb. Bielefeld 1970
Schreiber	Die Geltung von Rechtsnormen. Berlin 1966
Schreier	Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte. Leipzig 1927
Schreiner	Unruheschäden, JW 22, 673
Schröder	Gesetz und Richter im Strafrecht. Kiel 1953
-	Streik und Strafrecht, BB 53, 1015
Schroer	Amtshaftung bei Gefahrenabwehr, DÖV 62,132
Schultz	Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 63, 1801
Schulz-Schaeffer	Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung. Marburg 1915
Schulze-Fielitz	Zur Politik des Bundesgerichtshofes. Ideologische Hintergründe der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Demonstrationsprozessen, Blätter für deutsche und internationale Politik 1971, 191
Schuhmann	Handelsrecht. Bd. I: Handelsstand und Handelsgesellschaften. Wiesbaden 1954
Schumann	Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81 (1968), 79
Schuppert	Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik, ZRP 73, 257
Schwabe	Anm. zu BVerwG NJW 73, 1242, NJW 73, 1818
Schwankhart	Anspruch des Bürgers auf Prozeßzinsen im Sozialstaat, NJW 67, 377
Schwark	Anm. zu BayObLG NJW 69, 1127, NJW 69,1495
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 30. Aufl., München 1968; 31. Aufl., München 1970
Schweiger	Fortbewegungs- gegen Meinungsfreiheit, JZ 70, 214

Schwerdtner	Wie politisch ist das Recht? ZRP 69, 136
v. Schwerin/ Thieme	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl., Berlin 1950
Seng	Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten, ArchBürgR 5, 336
Serick	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung. Bd. I, Heidelberg 1963
Seuffert	Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und Rechtsprechung, NJW 69, 1368
Seydel	Besprechung: Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 57, 495
Siber	Schuldrecht. Leipzig 1931
-	Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903
Siebert	Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. Über die konkrete Gestaltung der Rechte, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935, S. 189
-	Schadensersatz und Lohnfortzahlung, in: Festschrift für H. Lehmann. Bd. I, Tübingen 1956, S. 672
-	Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts, NJW 58, 1369
Siebrecht	Das Recht im Arbeitskampf. 3. Aufl., Düsseldorf 1964
Simitis, K.	Diskussion zu den Referaten Kübler und Schricker, AcP 172 (1972) 235
-	Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. Marburg 1960
Simitis, Sp.	Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne? Gutachten. Verhandlungen des 47. DJT 1968, Bd. I, C 1
Smend	Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928) 6
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar. 9. Aufl., Stuttgart 1959 - 1961; 10. Aufl., Stuttgart 1967 ff
Somlo	Juristische Grundlehre. Leipzig 1917
Somtis	Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 981

Spengler	Boykott-Probleme, WuW 53, 193
Stahlhacke	Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte im Jahre 1971, NJW 72, 1073
Stammler	Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl., Berlin 1928
-	Die Lehre von dem richtigen Rechte. Halle 1926, Nachdruck Bad Homburg v.d.H 1964
Starck	Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 72,609
Staudinger	J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl., Berlin 1929 ff; 11. Aufl., Berlin 1954 ff
Stein	Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 64, 1745
Steindorff	Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Tübingen 1963, S. 58
-	Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht, BB 55, 1001
-	Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 59, 197
-	Streikrecht - Gewerbebetrieb, JZ 60, 582
Stern	Anm. zu BVerfG NJW 58, 1227, NJW 58,1435
Stöcker	Anm. zu BayObLG NJW 69, 1127, JZ 69, 398
Stoiber	Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme. Diss. München 1971
Stoll	Schadensersatz und Strafe, in: Ius Privatum Gentium. Festschrift für M. Rheinstein. Bd. II, Tübingen 1969, S. 569
-	Das Handeln auf eigene Gefahr. Berlin 1961
-	Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht. Tübingen 1968
-	Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten. 45. DJT Karlsruhe 1964, Band. I, Teil 1, München 1964
-	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 58, 137
-	Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), 203
Stratenwerth	Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 204, Tübingen 1957, S. 17

Stree	Beteiligung an einer Schlägerei - BGHSt 16, 130 -, JuS 62, 93
-	Wiederaufnahme des Verfahrens bei Strafverfügungen - BVerfG NJW 68, 147 -, JuS 68, 362
Teichmann	Die Gesetzesumgehung. Göttingen 1962
Tetzner	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2. Aufl., Köln 1957
-	Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Verteidigung ungeschützter Arbeitsergebnisse, SJZ 50, 179
Thoma	Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, in: Erinnerungsgabe für Max Weber, Bd. 2, 1923, S. 37
Thon	Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878
Tiedemann	Beteiligung an Aufruhr und Landfriedensbruch, JZ 68, 761
-	Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 69, 717
Traeger	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Hamburg 1902
Traub	§ 24 UWG und die Subsidiarität des Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb, NJW 64, 2237
Trubel/Hainka	Das Versammlungsrecht. Hamburg 1953
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Rechts. Bd. I, München 1910; Bd. II/1 München 1914; Bd. II/2 München 1918
Uhlitz	Gewerbeschädigende Werturteile, NJW 66,2097
-	Politischer Kampf und Ehrenschutz, NJW 67, 129
Ule	Streik und Polizei. Köln 1972
Ule/Rasch	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. Köln 1965
Ulmer, E.	Urheber- und Verlagsrecht. 2. Aufl., Berlin 1960
-	Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung. Berlin 1929
Ulmer, P.	Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, in: Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, N.F. 7, Heidelberg 1960
Völp	Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 56, 31
-	Vergleichende Warentests, WRP 63, 109

Vogel, H.	Demonstrationsfreiheit und ihre Grenzen, Aus Politik und Zeitgeschichte 1968, Heft 26, S. 3
Vogel, K.	Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnormen. Berlin 1965
Wagner	Offene Handelsgesellschaft, Betriebseinstellung und entsprechende Anwendung des § 142 HGB - BGHZ 32, 307 -, JuS 61, 123
Wahl	Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht, in: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. Berlin 1940, S. 17
Warda	Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 64, 81
Weber	Politik als Beruf. Gesammelte persönliche Schriften. Tübingen 1958
Weimar	Amtspflichtverletzung bei Ermessensfehlern, RiA 62, 7
Weitnauer	Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in: Festgabe für K. Oftinger. Zürich 1969, S. 321
-	Zum Schutz der absoluten Rechte, in: Karlsruher Forum 1961, VersR 1961, Beiheft, S.28
-	Bemerkungen zum Alles-oder-Nichts-Prinzip im Schadensersatzrecht, in: Karlsruher Forum 1961, VersR 1961, Beiheft, S. 32
-	Gedanken zu Problemen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens, VersR 61, 1057
-	Der unbegründete Konkursantrag und das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb, DB 62,461
-	§ 823 II BGB und die Schuldtheorie, JZ 63, 631
-	Aktuelle Fragen des Haftungsrechts, VersR 70, 585
-	Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des "wilden" Streiks, DB 70, 1687
Welzel	Das deutsche Strafrecht. 4. Aufl., Berlin 1954; 10. Aufl., Berlin 1967
-	An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung. Köln 1966
-	Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug, NJW 53, 652
Werbke	Das Dilemma der Anmeldepflicht im Versammlungsgesetz, NJW 70, 1
Werner	Das Problem des Richterrechts. Berlin 1960

Werner	Zum Problem der Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden, JR 60, 232
Westermann, H. P.	Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlicher Teamarbeit, NJW 74, 577
Westermann, Harry	Unternehmens- und Rechtskauf nach BGB und ABGB, Prager Archiv 1944, 59
-	Interessenkollision und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen. Karlsruhe 1954
-	Wesen und Grenzen richterlicher Streitentscheidung im Zivilrecht. Münster 1955
-	Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht. Köln 1957
-	Sachenrecht. 5. Aufl., Karlsruhe 1966
Weyers	Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Versorgungssystem. Frankfurt 1971
Wieacker	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1952; 2. Aufl., Göttingen 1967
-	Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Karlsruhe 1953
-	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Tübingen 1956
-	Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung. Karlsruhe 1958
-	Sachbegriff, Sacheinheit und Sachordnung, AcP 148 (1943), 57
-	Besprechung: Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, Rechtstheorie 71, 118
Wieland	Handelsrecht. Bd. 1, München 1921
Wieser	Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB - BGH JZ 54, 613 -, JuS 70, 557
-	Zum Schadensersatzanspruch des nichtberechtigten Besitzers, NJW 71, 597
Wiethölter	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Karlsruhe 1960
-	§ 823 II BGB und die Schuldtheorie, JZ 63, 205
-	Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, KritJ 70, 121

Wimmer	Versammlungsfreiheit contra Wegerecht, MDR 64, 280
Windscheid	Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856
-	Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1, 3. Aufl., Düsseldorf 1873; 4. Aufl., Düsseldorf 1875; 5. Aufl., Frankfurt 1882
Windscheid/ Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1, 9. Aufl. bearbeitet von Th. Kipp, Franfurt 1963
Winkler	Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen, in: Forschungen aus Staat und Recht. Bd. 12, Wien 1969
Wolf, E.	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Festschrift für F. von Hippel, Tübingen 1967, S. 665
-	in: Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht. Tübingen 1959
-	Zwang zur Ehe, JZ 67, 659
-	Zur "Institution Ehe", JZ 67, 749
-	Der praktische Fall. Bürgerliches Recht: Die anstößige Illustrierte, JuS 68, 77
-	Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), 181
-	Tatsächliches Arbeitsverhältnis, tatsächliche Übung und tatsächliche Ordnung, JZ 71, 273
Wolf, J. G.	Der Normzweck im Deliktsrecht. Göttingen 1962
Wolf, M.	Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung, NJW 67, 709
-	Erziehung zu einer Freirechtsbewegung? JuS 72, 111
Wolff, H. J.	Juristische Person und Staatsperson. Berlin 1933
-	Verwaltungsrecht. Bd. I, 7. Aufl., München 1968
-	Verwaltungsrecht. Bd. III, 2. Aufl., München 1967
-	Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, S. 33
Wolff/Raiser	Sachenrecht. 10. Aufl., Tübingen 1957

Würdinger	Aktien- und Konzernrecht. 3. Aufl., Karlsruhe 1966
-	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 53, 719
Wundt	Ethik. Bd. 1, 3. Aufl., Stuttgart 1903
Wusowski	Ideologische Einflüsse in der Demonstrationsrechtsprechung, Vorgänge 70, 242
Wussow	Schadensersatzpflicht des Tiefbauunternehmers bei Beschädigung öffentlicher, unterirdischer Versorgungsleitungen - Versicherbarkeit dieses Risikos, BauR 72, 270
Zeidler	Außerparlamentarische Bewegungen, Demonstrationsrecht und Widerstand, Aus Politik und Zeitgeschichte 1969, Heft 10, S. 3
-	Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, DRiZ 72, 221
Zeuner	Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, in: Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Dölle. Bd. I, Tübingen 1963, S. 294
-	Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 61,41
Zippelius	Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., München 1969
-	Zum Problem der Rechtsfortbildung, NJW 64, 1981
-	Problemjurisprudenz und Topik, NJW 67,2229
-	Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, JZ 70, 241
Zitelmann	Irrtum und Rechtsgeschäft. Berlin 1879
-	Lücken im Recht. Leipzig 1903
Zöllner	Arbeitsrecht und Politik, DB 70, 54
Zweigert/Kötz	Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts. Bd. II, Tübingen 1969
-	Die Bedeutung des Rückwirkungsverbots für die Auslegung von Steuergesetzen, BB 69, 455
Zycha	Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Aufl., Marburg 1949

Lebenslauf

Am 11. Juli 1945 wurde ich als Sohn des Geschäftsführers Fridtjof Jeske und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Stückradt in Fredeburg/Meschede geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Von Ostern 1952 bis Ostern 1956 besuchte ich die Volksschule in Dortmund-Renninghausen und wechselte dann auf das Humboldt-Gymnasium in Dortmund. Dort erlangte ich am 25. 2. 1966 das Abitur.

Von März bis September 1966 arbeitete ich als Praktikant bei der Stadtsparkasse in Dortmund. Von Oktober 1966 bis März 1968 leistete ich den Grundwehrdienst bei der Bundesmarine.

Mit dem Sommersemester 1968 begann ich in Münster das Studium der Rechtswissenschaften. Am 11. November 1972 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Anschließend begann ich mit den Arbeiten an der Dissertation. Seit dem 2. November 1974 stehe ich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst bei dem Präsidenten des Oberlandesgerichts in Hamm.

215837

Dissertationsdruck
GmbH & Co. KG.
Schadel & Wehle
86 Bamberg · Hohe-Kreuz-Str. 9b · Tel. 0951/21617[5 4414]